

**Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА
И ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

На правах рукописи

БЕДРОСОВ ВЛАДИСЛАВ ЭДУАРДОВИЧ

**ПОДРАЗУМЕВАЕМЫЕ УСЛОВИЯ ДОГОВОРА КАК ФОРМА
ВОСПОЛНЕНИЯ ВОЛИ СТОРОН**

5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки

Диссертация

на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
кандидат юридических наук, доцент
Кравченко Александр Александрович

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
ГЛАВА 1. АВТОНОМИЯ ВОЛИ В ДОГОВОРНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ.....	20
1.1. Условие договора как прямо выраженная воля сторон	20
1.2. Договорный пробел как прямо не выраженная воля сторон.....	40
1.3. Установление содержания прямо не выраженной воли сторон.....	59
ГЛАВА 2. ВОСПОЛНЕНИЕ ДОГОВОРНЫХ ПРОБЕЛОВ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ.....	76
2.1. Подразумеваемые условия договора в странах общего права	76
2.2. Восполнительное толкование в странах континентальной правовой системы	96
2.3. Восполнение договорных пробелов в актах мягкого права	111
ГЛАВА 3. ПОДРАЗУМЕВАЕМЫЕ УСЛОВИЯ ДОГОВОРА В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ	122
3.1. Восполнение воли сторон в российской доктрине и правоприменительной практике.....	122
3.2. Критерии выявления подразумеваемых условий договора.....	140
3.3. Границы судебного вмешательства при выявлении подразумеваемых условий договора	153
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	168
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК.....	178
ПРИЛОЖЕНИЯ	205

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы диссертационного исследования. На современном этапе российского гражданского права продолжает усиливаться тенденция к саморегулированию гражданских правоотношений на основе автономии воли сторон. Сформированная в прошлом десятилетии система методов толкования договора способствовала укреплению такой тенденции.

Вместе с тем как в законодательстве, так и в правоприменительной практике имеется явная недостаточность регулирования договорных отношений в отсутствие применимых к разрешению спора договорных условий. Несмотря на широкую распространенность договорных пробелов (упущения сторонами договора какого-либо условия), российское право не предусматривает механизмов оценки гипотетической воли сторон и разрешения споров с ее учетом.

Действующее регулирование представлено в основном применением диспозитивных норм, обычаев, аналогий и абстрактных принципов, применение которых учитывает лишь усредненную волю всех участников гражданского оборота. В сложившейся ситуации повышается риск чрезмерного вмешательства суда в автономию воли сторон.

При этом восполнение договорных пробелов гипотетической волей сторон в достаточной степени известно иностранным правовым порядкам: доктрина выявления подразумеваемых условий в системах общего права и метод восполнительного толкования в континентальной правовой системе получали и продолжают получать развитие на протяжении долгого времени¹.

Вопросы определения гипотетической воли сторон при разрешении договорных споров лишь недавно начали подниматься в отечественной цивилистике. Однако, получив распространение во многих странах, учение о

¹

Поскольку данные механизмы являются аналогичными, различающимися лишь в аспектах их применения, то в настоящем исследовании терминологически они будут использоваться как взаимозаменяемые, если их использование не обусловлено юрисдикционными различиями.

восполнении договора гипотетической волей сторон не сформировалось в качестве самостоятельного направления российского договорного права.

В теоретическом плане актуальность темы исследования обусловлена необходимостью дополнительного изучения различных вопросов выявления подразумеваемых условий договора: определение правовой природы договорных условий и договорных пробелов в контексте воли сторон, критериев выявления подразумеваемых условий договора, установление требований к применению подразумеваемых условий договора в судебной практике.

В правоприменительном аспекте актуальность темы исследования заключается в том, что уже сейчас формируется судебная практика выявления подразумеваемых условий договора в отсутствие не только достаточных нормативных положений, но и применимых непосредственно к восполнению договорных пробелов разъяснений на уровне высших судебных инстанций.

Прикладной аспект актуальности обусловлен также развивающимися геополитическими процессами, оказывающими существенное влияние на выбор применимого права к договорам с участием российских резидентов. В настоящее время происходит переориентация российских предпринимателей в сторону государств Азии (например, Гонконга) и Африки (например, ЮАР), правовым порядкам которых хорошо известна доктрина подразумеваемых условий, изначально зародившаяся в признаваемых сейчас «недружественными» странах.

Формирование в настоящий момент научно обоснованного подхода к подразумеваемым условиям договора, содержащего теоретические выводы и прикладные рекомендации, окажет не только положительное методологическое влияние на правильное разрешение споров и поддержание правовой определенности, но и позволит достичь единообразия в применении рассматриваемого инструмента.

Степень научной разработанности темы диссертационного исследования. Несмотря на актуальность темы, которой посвящено

настоящее исследование, она не получила должного внимания среди ученых в качестве самостоятельного объекта научных изысканий.

Исследованием отдельных аспектов правовой природы, существенных признаков и особенностей договорных условий и содержащихся в них обязательств занимались отечественные правоведы: Агарков М.М., Белов В.А., Брагинский М.И., Витрянский В.В., Дерхо Д.С., Иоффе О.С., Карапетов А.Г., Красавчиков О.А., Петрова Д.С., Победоносцев К.П., Скловский К.И., Усачева К.А., Халфина Р.О., Швайка А.Е. и др.

Специальным исследованием, часть которого посвящена восполнительному толкованию, является диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук Байрамкулова А.К. на тему «Особенности толкования договора в российском гражданском праве» (2015).

Раскрытию проблематики договорных пробелов и регулированию отношений в отсутствие применимых правовых норм способствовали также работы Германова А.В., Лазарева В.В., Микрюкова В.А., Харитонов А.А. и др., а также диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук Бакина А.С. на тему «Субсидиарность в гражданском праве Российской Федерации» (2014) и Романенко Д.И. на тему «Аналогия права (цивилистическое исследование)» (2019).

Рассмотрению контекста автономии воли и свободы договора как принципов, предопределяющих частноправовые отношения, способствовало обращение к работам таких ученых, как Аванесов С.С., Белых В.С., Вольфсон В.Л., Дадашова С.Н., Курмашев Н.В., Луговской И.К., Мальцев Д.А., Ойгензихт В.А., Панов А.А., Пастухова Л.С., Печурчик Ю.Ю., Плотникова И.Н., Полдников Д.Ю., Соловьева Л.С., Сметанин Н.В., Турко Д.С., Штарк Е.В., Югай В.С. и др.

Значительный вклад в доктринальное исследование субъективного фактора в гражданском правоотношении, неразрывно связанного с гипотетической волей, внесен Зайцевой Н.В. в диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему «Формирование

концепции субъективного фактора в частноправовых отношениях в законодательстве России и зарубежных государств» (2023).

Цели диссертационного исследования заключаются в научном обосновании подразумеваемых условий как формы вмешательства в определенное сторонами договорное регулирование, дальнейшем формировании концепции гипотетической воли сторон, а также разработке единого методологического подхода, который мог бы применяться судебными органами при разрешении споров в ситуации договорного пробела.

Для достижения указанной цели были поставлены следующие **задачи диссертационного исследования**:

1. Раскрыть правовую природу договорного условия с учетом устоявшихся подходов и научных воззрений на заключение договора как позитивного юридического акта в качестве частного случая проявления автономии воли;
2. Исследовать сущность и предложить определения различных видов договорных пробелов в их авторской классификации по субъективному фактору (наличию намерения и воли);
3. Определить возможность потенциального установления воли сторон в отсутствие прямого волеизъявления и, как следствие, выдвижения гипотезы о содержании подразумеваемого (упущенного) в договоре условия;
4. Выявить содержание доктрины подразумеваемых условий в системах общего права, включая юрисдикции Великобритании, Гонконга и некоторых стран Африки;
5. Проанализировать подходы к восполнительному толкованию договора в странах континентальной Европы – группах романского, германского и скандинавского права;
6. Изучить предлагаемые методы восполнения в актах мягкого права и модельных правилах, призванных гармонизировать правовое регулирование;

7. Выявить действующую в России систему регулирования отношений в отсутствие договорного условия, а также имеющиеся случаи восполнения договора на основе гипотетической воли сторон;

8. Раскрыть используемые судами критерии при установлении гипотетической воли сторон договора при формулировании подразумеваемого (упущенного) договорного условия;

9. Определить пределы и конкретные ограничения судебного вмешательства при восполнении договора на основе гипотетической воли сторон в той мере, в какой такое вмешательство не будет иметь негативного влияния на автономную дискрецию сторон.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, возникающие в связи с правовым регулированием и толкованием договора, а также выявлением намерений сторон в ситуации договорных пробелов.

Предмет диссертационного исследования – механизм выявления подразумеваемых договорных условий в нормах российского права, устанавливающих режим договорного регулирования при отсутствии явно выраженного договорного условия, в правоприменительной практике разрешения договорных споров, а также в доктринальных исследованиях, посвященных рассматриваемой теме.

Теоретическая основа диссертационного исследования включает работы по гражданскому праву, а также по теории государства и права, философии, философии права таких российских и иностранных ученых как: Аванесов С.С., Аракелян А.А., Арнц Т., Бектева В.С., Белых В.С., Бергер К.П., Блещик А.В., Болтенкова Ю.А., Брисов Ю.В., Будылин С.Л., Булгаков С.Н., Васильев А.С., Волчанский М.А., Вольфсон В.Л., Гаджиев Г.А., Гаджикурбанов А.Г., Гальперин С.П., Германов А.В., Дадашова С.Н., Дерхо Д.С., Дьяконова М.О., Зайцев В.В., Зайцев О.В., Кискачи М.А., Козлова Н.В., Комаров А.С., Коновалов А.В., Курмашев Н.В., Лаптев В.А., Луговской И.К., Малкин О.Ю., Мальцев Д.А., Микрюков В.А., Морозова А.Е., Муратова О.В.,

Мурзин Д.В., Новикова Т.В., Пастухова Л.С., Петрова Д.С., Печурчик Ю.Ю., Плотникова И.Н., Полдников Д.Ю., Попондопуло В.Ф., Репин Р.Р., Рыжов Н.А., Савельев А.И., Саркисян А.В., Секацкая М.А., Сеницын С.А., Сметанин Н.В., Соломин С.К., Соломина Н.Г., Тай Ю.В., Танага А.Н., Третьяков И.Е., Турко Д.С., Тютрюмов И.М., Уваров А.А., Филиппова С.Ю., Фоков А.П., Харитонов А.А., Хесселинк М.В., Хиллута В.В., Черкасова О.В., Черняк Л.Ю., Швайка А.Е., Штарк Е.В., Югай В.С.

Среди современных исследователей, работы которых имели особое значение, следует выделить следующих: Байрамкулов А.К., Белов В.А., Брагинский М.И., Витрянский В.В., Зайцева Н.В., Карапетов А.Г., Манджиев А.Д., Нам К.В., Панов А.А., Скловский К.И., Трунин А.А., Усачева К.А.

Теоретическую базу исследования также составляют труды выдающихся ученых-классиков, в числе которых: Агарков М.М., Братусь С.Н., Виндельбанд В., Виндшейд Б., Вольф В.Ю., Гальперин Л.Б., Генкин Д.М., Гольмстен А.Х., Гримм Д.Д., Гуляев А.М., Иоффе О.С., Красавчиков О.А., Лазарев В.В., Лейбниц Г.В., Мейер Д.И., Нерсисянц В.С., Новицкий И.Б., Ойгензихт В.А., Победоносцев К.П., Покровский И.А., Халфина Р.О., Цвайгерт К., Цитович П.П., Шершеневич Г.Ф., Яковлев В.Ф.

В работе были использованы оригинальные работы таких зарубежных ученых как Адлеркройц А., Алсес П., Андерсон М., Анджело А.Х., Остин-Бейкер Р., Бил Х., Болленбергер Р., Быдлински П., Кларк М., Даннеман Г., Дедек Х., Девенни Дж., Эллингер Э.П., Франсуа К., Гетц Ч., Гортон Л., Григолайт Х.С., Хедволл М., Хенкель У., Хоффман У., Хули Р., Хондиус Э., Джонстон А., Калевич Л., Керридж Р., Кётц Х., Коциоль Х., Крамер А., Ландер Дж., Ландо О., Льюисон К., Либет Б., Маркесинис Б., Маккогран Дж., Микеленас В., Млодинов Л., Оуэн М., Пэрри Д.Х., Пиден Э., Пил Э., Питерс Ч., Робертсон А., Шульц Р., Скотт Р., Смит С., Смитс Дж., Стейн Дж., Стоун Р., Штробах Х., Унберат Х., Вей А., Уорнер В., Вегнер Д.М., Венуш Х.

Методологическая основа диссертационного исследования обусловлена объектом и предметом исследования и состоит из общенаучных и специальных методов.

В работе использовались формально-логические методы, такие как индукция и дедукция, анализ и синтез, сравнение и аналогия, обобщение, позволившие прийти к выводам, выносимым на защиту.

Ретроспективный и историко-правовой анализ отдельных положений российского и иностранного гражданского законодательства в части заключения договора, а также научных воззрений на рассматриваемую проблематику позволил выявить правовую природу договорного условия.

С помощью метода системного исследования была сформулирована и обоснована гипотеза о потенциальной возможности ретроспективного выявления гипотетической воли стороны договорного правоотношения в отсутствие явно выраженного волеизъявления с достаточной степенью достоверности.

Предложенные автором определения, в том числе различных видов договорных пробелов, сформулированы с использованием метода технико-юридического анализа. Сравнительно-правовой метод исследования позволил всесторонне изучить и сопоставить действующие методики восполнения в странах общего права и государствах континентальной Европы, что позволило выделить их особенности и возможности инкорпорирования в действующее российское гражданское право. Сформированная судебная практика по вопросу восполнения договорных пробелов проанализирована с использованием методов обобщения и систематизации.

Помимо указанных методов, в исследовании применены такие методы как логико-юридический, методы грамматического и системного толкования правовых норм.

Нормативная и информационная база диссертационного исследования включает нормативные правовые акты России и зарубежных

государств по вопросам гражданского права в целом, и регулирования договорных и обязательственных правоотношений в частности.

В национальном правовом поле основное внимание уделено Конституции Российской Федерации, актам гражданского права, в особенности – Гражданскому кодексу Российской Федерации и иным федеральным законам и нормативным правовым актам Российской Федерации.

В законодательстве Великобритании изучены Закон о продаже товаров (The Sale of Goods Act (SGA) 1979, 1983), Закон о поставке товаров и услуг (The Supply of Goods and Services Act (SGSA) 1982), Закон о морском страховании (The Marine Insurance Act 1906), Закон о правах потребителей (The Consumer Rights Act (CRA) 2015), Закон о просрочке платежа по коммерческим долгам (процентах) (The Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998).

В законодательстве Гонконга проблематика подразумеваемых условий нашла отражение в Постановлении о купле-продаже товаров (Sale of Goods Ordinance (SOGO) Cap. 26) и Постановлении об оказании услуг (Supply of Services (Implied Terms) Ordinance Cap. 457).

В Федеративной Республике Германия при регулировании договорных отношений руководствуются Германским гражданским уложением (BGB), в Австрии – Всеобщим гражданским уложением Австрии (ABGB), в Швеции, чаще всего, – Законом Швеции о продаже товаров (Köplag 1990:931), во Франции – Гражданским кодексом Франции (Code civil).

В исследовании были отражены и нормативные акты иных стран, не столь часто становившихся предметом научных изысканий в российской доктрине: Гражданский кодекс Словацкой Республики (Občiansky Zákonník z 26.02.1964 no. 40/1964 Zb.), Закон Эстонской Республики об обязательствах (Võlaõigussaadus jõustumine 01.07.2002), Закон Королевства Дании о договорах (Aftalelov nr 193 af 02.03.2016), Гражданский кодекс Венгерской Республики (Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről 1959), Гражданский кодекс

Португалии (Código Civil n.º 47344 de 25.11.1966), Гражданский кодекс Испании (Código Civil de 24.07.1889).

В рамках некоторых из указанных юрисдикций были изучены исторические источники права.

Эмпирическая база диссертационного исследования. В роли эмпирической основы исследования выступили материалы судебной практики, значительная часть которых посвящена разрешению договорных споров.

В части российской судебной практики были приняты во внимание постановления и определения Конституционного Суда Российской Федерации, постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, сохраняющие силу постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, содержащие толкование норм гражданского права. Практические выводы сделаны с опорой на материалы судебно-арбитражной практики, включая определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации и постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по конкретным делам, судебные акты арбитражных судов округов, судов первой и апелляционной инстанции.

При этом пристальное внимание в сравнительно-правовой части исследования уделено анализу судебной практики иностранных государств – Англии, Германии, Швеции и Франции, а также таких юрисдикций как Гонконг, Южная Африка, и иных стран.

Диссертантом также изучены и отражены в исследовании релевантные положения актов «мягкого» права и гармонизации правового регулирования, подготовленных ведущими институтами, занимающимися проблематикой договорного регулирования.

Весь процесс сбора, обработки и анализа информации осуществлялся на основе соблюдения требований репрезентативности, предъявляемых к социальным исследованиям.

Научная новизна состоит в том, что в исследовании сформировано комплексное представление о механизме выявления подразумеваемых условий договора на основе гипотетической воли сторон.

В предыдущих научных работах исследование проблематики выявления подразумеваемых условий, как правило, сводилось к сравнительно-правовому анализу данного механизма в различных юрисдикциях. Причем только одна из ранее защищенных диссертаций отчасти была посвящена вопросу определения места восполнительного толкования договора в российском праве.

Настоящая диссертация является исследованием, в котором обоснована теоретическая возможность установления содержания прямо не выраженных в договоре условий, а также факторы, влияющие на возможность установления таких условий на основании выявления гипотетической воли сторон договора.

В работе предложен новый подход к классификации договорных пробелов по критериям наличия воли сторон на регулирование их отношений определенным образом (например, диспозитивными нормами) и осознанности сторонами факта упущения договорного условия, а также проанализированы и систематизированы критерии выявления гипотетической воли сторон при формулировании подразумеваемых условий.

Положения, выносимые на защиту:

1. В диссертации сделан вывод о правовой природе договорного условия как отдельного волеизъявления, отражающего согласованную волю сторон по определенному вопросу заключения, исполнения или прекращения обязательства. Предложено разделять договорные условия исходя из их субъективной значимости для сторон в момент их согласования на следующие виды: 1) субъективно существенное условие – это условие, имеющее высокую значимость для одной из договаривающихся сторон, в случае несогласования которого она откажется от заключения договора; 2) субъективно несущественное условие – это условие, имеющее невысокую значимость для

одной из договаривающихся сторон, несогласование которого не повлияет на ее намерение заключить договор. В то время как первая группа условий закреплена в законодательстве в качестве условий, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (пункт 1 статьи 432 ГК РФ), вторая группа условий не имеет законодательного закрепления.

Положение № 1, выносимое на защиту, соответствует пункту 7, 8 Паспорта научной специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки.

2. Обосновано, что неполнота гражданско-правовых договоров приводит к возникновению договорных пробелов. В отличие от договорного условия, которое является результатом действия сторон по выражению своей воли в договоре, договорный пробел является результатом бездействия сторон по выражению своей воли в договоре. При этом на основании принципа разумности участников гражданского оборота выявлена презумпция наличия воли договаривающихся сторон на урегулирование их взаимоотношений как в случае договорного условия, так и в случае договорного пробела.

Сделан вывод о том, что договорный пробел представляет собой отсутствие договорного условия, возникшее вследствие бездействия сторон по выражению их воли в договоре.

Положение № 2, выносимое на защиту, соответствует пункту 7, 8 Паспорта научной специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки.

3. Диссертантом в целях определения потенциально восполнимых пробелов предложено классифицировать все договорные пробелы на квалифицированные договорные пробелы (возникшие осознанно) и случайные договорные пробелы (возникшие неосознанно) в зависимости от субъективного восприятия их возникновения.

Квалифицированные договорные пробелы, в свою очередь, подразделяются на квалифицированные урегулированные пробелы (условия,

осознанно не урегулированные соглашением сторон, но в отношении которых стороны намеревались применить диспозитивную норму закона или обычай) и квалифицированные неурегулированные пробелы (условия, осознанно не урегулированные ни соглашением сторон, ни другими источниками регулирования, и в отношении которых стороны не намеревались применить какой-либо источник регулирования).

Случайные договорные пробелы подразделяются на случайные изначальные пробелы (условия, неосознанно не урегулированные соглашением сторон, но в отношении которых у сторон могла быть воля на их регулирование в силу наличия определенных обстоятельств, в которых находились стороны в момент заключения договора); 2) случайные последующие пробелы (условия, неосознанно не урегулированные соглашением сторон, но в отношении которых у сторон не могло быть воли на их регулирование в силу отсутствия определенных обстоятельств на момент заключения договора).

Выявленная автором презумпция наличия воли договаривающихся сторон на урегулирование их взаимоотношений распространяется на все случаи договорных пробелов, за исключением случайных последующих пробелов в силу отсутствия обстоятельств на момент заключения договора, которые могли бы привести к возникновению соответствующей воли.

Положение № 3, выносимое на защиту, соответствует пункту 7, 8 Паспорта научной специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки.

4. В диссертации обосновано, что после заключения договора имеется принципиальная возможность установления содержания прямо не выраженных в договоре условий (определения воли сторон).

Обосновано, что в момент заключения договора в случае наличия двух альтернативных вариантов возможного условия один из них станет предпочтительным и будет выбран в качестве договорного условия на основании комплекса внутренних и внешних факторов. После заключения

договора при договорном пробеле предпочтительный вариант возможного условия может быть определен с разумной степенью достоверности на основании того же самого комплекса внутренних и внешних факторов, которые повлияли бы на его выбор в момент заключения договора. Предпочтительный вариант возможного договорного условия в ситуации договорного пробела предложено считать гипотетической волей сторон.

Приведенное теоретическое обоснование может быть распространено как для частного случая выявления подразумеваемых условий о применимом праве (пункт 2 статьи 1210 Гражданского кодекса Российской Федерации), так и для любых иных случаев случайных изначальных пробелов договора.

Положение № 4, выносимое на защиту, соответствует пункту 7, 8 Паспорта научной специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки.

5. В целях определения гипотетической воли сторон диссертантом предложено оценивать следующие факторы: 1) внутренние факторы – это обстоятельства, прямо связанные со структурой правоотношения, а именно с субъектами конкретного правоотношения (их организационно-правовая форма, показатели финансово-экономической деятельности, коммерческий опыт и т.д.), его объектом (предмет сделки) и содержанием (совокупность корреспондирующих прав и обязанностей); 2) внешние факторы – это обстоятельства, прямо не связанные со структурой конкретного правоотношения (социально-экономические обстоятельства, действующее нормативно-правовое регулирование, геополитические события и т.д.).

Положение № 5, выносимое на защиту, соответствует пункту 7, 8, 9 Паспорта научной специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки.

6. Обосновано, что использование концепции выявления подразумеваемых условий договора на основании гипотетической воли сторон возможно, во-первых, в связи с наличием в российском гражданском праве механизмов, допускающих судебную дискрецию, и во-вторых, с наличием в

законодательстве возможности выявления подразумеваемых условий о применимом праве (пункт 2 статьи 1210 Гражданского кодекса Российской Федерации) как частного случая применения концепции.

Диссертантом выделены критерии, с использованием которых российские суды в отсутствие правового регулирования восполнения договорных пробелов могут выявить подразумеваемые условия договора: 1) связь подразумеваемого условия с прямо выраженными договорными условиями; 2) общая цель заключения договора; 3) необходимость надлежащей заботы об интересах контрагента; 4) последствия потенциального согласования подразумеваемого условия; 5) разумность и достаточность подразумеваемого условия для надлежащего исполнения договора; 6) очевидность подразумеваемого условия; 7) необходимость соблюдения баланса интересов сторон договора.

Положение № 6, выносимое на защиту, соответствует пункту 8, 10, 23 Паспорта научной специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки.

7. В целях предотвращения риска чрезмерного вмешательства суда в автономию воли сторон диссертантом предложен ряд ограничений при выявлении подразумеваемых условий договора:

- в качестве подразумеваемых условий договора суд может выявить только субъективно несущественные условия (например, вспомогательные и организационные обязательства);
- в качестве подразумеваемых условий договора суд может восполнить только случайные изначальные пробелы, возникшие при определенных обстоятельствах, в результате оценки которых с разумной степенью достоверности может быть выявлена гипотетическая воля сторон;
- суд должен привести двухэтапное обоснование выявленного подразумеваемого условия договора, состоящее из обоснования необходимости выявления подразумеваемого условия и обоснования его содержания;

– суд должен оценить достаточность доказательств, позволяющих сделать обоснованное предположение о содержании подразумеваемого условия в момент заключения договора.

Положение № 7, выносимое на защиту, соответствует пункту 8, 10, 23 Паспорта научной специальности 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки.

Теоретическая значимость диссертационного исследования выражается во всестороннем и комплексном изучении выявления подразумеваемых условий договора как метода регулирования договорных отношений на основе гипотетической воли сторон. Предложенные диссертантом положения могут быть использованы для формирования нового подхода в учении о толковании договоров.

Выводы и предложения диссертанта могут быть использованы в дальнейшем при исследовании проблем обязательственного права, в том числе учения о восполнительном толковании, в учебном процессе преподавания гражданского права в высших учебных заведениях, для подготовки учебных пособий, практикумов и иной литературы по гражданскому праву.

Практическая значимость диссертационного исследования. На основе результатов исследования и на основании положений, выносимых на защиту, сформулированы следующие предложения по закреплению механизма выявления подразумеваемых условий на уровне разъяснений высшей судебной инстанции:

«По смыслу части второй статьи 431 Гражданского кодекса Российской Федерации при отсутствии в соглашении сторон условия, необходимого для определения их прав и обязанностей, судом определяется условие, о котором стороны могли бы договориться, если бы предусмотрели его при заключении договора с той степенью разумности и осмотрительности, которая требовалась от них при планировании модели своего поведения.

При определении соответствующего условия принимаются во внимание общая воля сторон, согласованные условия, смысл договора в целом и его

цель, установившаяся во взаимоотношениях сторон практика, а также обстоятельства, в которых находились стороны в момент заключения договора.

Договор не может быть выполнен условием, которое с очевидностью не могло быть согласовано сторонами в момент заключения договора. В решении суд указывает основания, по которым соответствующее условие признано условием заключенного между сторонами договора».

Обоснованность и достоверность научных положений, сформулированных по итогам диссертационного исследования и выносимых на защиту, обусловлены соблюдением существующих требований методологии теоретико-правового исследования, обобщением опыта правоприменительной деятельности, тщательным отбором эмпирического материала. Степень достоверности представленных в диссертации результатов исследования обусловлена изучением и анализом гражданско-правовых норм российского и зарубежного права, регламентирующих вопросы регулирования при договорных пробелах, а также практики правоприменения российских и иностранных судебных инстанций; использованием современной научной методологии и основополагающих концепций отечественных и зарубежных правоведов.

Апробация результатов диссертационного исследования. Диссертация выполнена, проходила обсуждение и одобрена на кафедре правового обеспечения рыночной экономики Высшей школы правоведения Института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

Отдельные вопросы, отраженные в диссертации, раскрыты в докладах на научно-практических конференциях, в том числе в рамках: II Международной научно-практической аспирантской конференции памяти В.Ф. Яковлева «Межотраслевой подход в юридической науке: Экономика. Право. Суд» (02.12.2022, РАНХиГС при Президенте Российской Федерации,

г. Москва); I Международной научной конференции «Наука для государственного управления в России» (секция «Современные направления развития частного права») (25.10.2024, РАНХиГС при Президенте Российской Федерации, г. Москва).

Перечень публикаций автора. Научные результаты диссертации опубликованы автором в том числе в научных изданиях, входящих в перечень, утвержденный Ученым советом РАНХиГС при Президенте Российской Федерации²:

1. Бедротов В.Э. Развитие восполнительного толкования в российской судебной практике. // Государственная служба. 2023. № 4. С. 11 – 17. – DOI: 10.22394/2070-8378-2023-25-4-11-17 (0,81 п.л.) (*лично*).

Положения диссертации апробированы в статьях автора в рецензируемых научных изданиях, входящих в перечень Высшей аттестационной комиссии при Министерстве образования и науки РФ:

2. Бедротов В.Э. Восполнение договорных пробелов в актах мягкого права и гармонизации правового регулирования // Мониторинг правоприменения. 2024. № 2. С. 62 – 68. – DOI: 10.21681/2226-0692-2024-2-62-68 (0,81 п.л.) (*лично*).

3. Бедротов В.Э. Роль юридической герменевтики в толковании договора и восполнении пробелов // Мониторинг правоприменения. 2024. № 3. С. 48 – 53. – DOI: 10.24682/2226-0692-2024-3-48-53 (0,69 п.л.) (*лично*).

4. Бедротов В.Э., Жерновникова П.С. Влияние формы волеизъявления на юридически обязывающий характер соглашения: обзор правоприменительной практики // Образование и право. 2023. № 9. С. 343 – 350. – DOI: 10.24412/2076-1503-2023-9-343-350 (0,92 п.л.) (*раздельное соавторство*).

Структура диссертационного исследования обусловлена целью и задачами исследования и включает в себя введение, три главы, состоящие из девяти параграфов, заключение и список литературы.

² Далее также – РФ.

ГЛАВА 1. АВТОНОМИЯ ВОЛИ В ДОГОВОРНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

1.1. Условие договора как прямо выраженная воля сторон

Изучение и, в большей степени, решение теоретических и практических проблем, возникающих в связи с восполнением договорных условий, безусловно, следует начать с исследования самой юридической природы такого понятия как «договорное условие».

При этом сама концептуальная возможность формировать договорные условия была бы недостижима и оставалась бы лишь в пределах юридических фикций в отсутствие необходимой и основополагающей предпосылки в виде автономии воли.

В связи с этим, начать рассмотрение проблематики настоящей работы представляется целесообразным с изучения наиболее широкой по своему содержанию категории «автономии воли», являющейся базисом для возникновения частноправовых в целом, и договорных отношений в частности.

Предопределяя природу гражданского права как системы юридически децентрализованных субъектов принятия решений³, способных по своему усмотрению создавать между собой правовое регулирование, следует учитывать такое фундаментальное свойство субъекта⁴ как автономия или свобода воли.

³ В отечественном правовом учении теория децентрализации как разграничивающего публичное и частное право признака появилась в работах Штамmlера Р. и Петражицкого И.Л., и получила свое дальнейшее развитие в трудах Покровского И.А., см., например, Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – 8-е изд. – Москва: Статут, 2020. – С. 44 – 45.

⁴ Покровский И.А. справедливо называет таких субъектов «автономными устроителями жизни в областях, охватываемых гражданским правом», отмечая при этом, что «для осуществления той свободы и инициативы, которая составляет основную задачу гражданского права, этим субъектам прав предоставляются так называемые субъективные права (например, право собственности, право требования и т.д.), общая сущность которых заключается в известной юридически обеспеченной возможности действовать по своему желанию» (см. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – 8-е изд. – Москва: Статут, 2020. – С. 108).

Юридический принцип автономии воли является категорией, зародившейся изначально от философских учений о свободе личности и, как следствие, свободе выбора⁵. В данном аспекте «свобода воли» получила свое значительное развитие в немецкой философии XIX века. В ней свобода воли рассматривалась как сложное понятие, связанное с этическими, социокультурными и индивидуальными аспектами, и её интерпретация различалась в зависимости от философского направления и взглядов конкретного мыслителя – от Гегеля Г. и Фихте И. до Канта И. и Шопенгауэра А. В рамках данной работы представляется целесообразным остановиться подробнее на представлениях последних.

Само понятие автономии воли было введено⁶ И. Кантом, согласно которому «автономия воли есть такое свойство воли, благодаря которому она сама для себя закон (независимо от каких бы то ни было свойств предметов воления)»⁷. Для философа «закон, открываемый и предписываемый разумом воле, есть "собственное всеобщее законодательство этой воли"»⁸. Иными словами, по мнению И. Канта, автономия воли означает способность человека действовать в соответствии с принципами, которые он сам осознанно принял, что является неременным условием истинной моральности и достижения высшей ступени человеческой свободы.

Изучая данное явление в контексте моральной философии, А. Шопенгауэр выделял три состояния «свободы»: физическую, интеллектуальную и моральную; последняя, в свою очередь, – *liberum arbitrium* и представляет собой свободу воли в современном

⁵ В рамках данной работы не будут затронуты такие проблемы как, к примеру, соотношение последней с теологическим детерминизмом, или другие составляющие социальной философии, разрешением которых так или иначе занимались исследователи от Сократа, Платона и Демокрита до Августина Аврелия, Ансельма Кентерберийского и многих других. Подробнее о таких аспектах учения о свободе воле см. Югай В.С. Либертарианская интерпретация взглядов Аристотеля на проблему свободы воли // ОНВ. ОИС. 2017. № 1.

⁶ Турко Д.С. Кантовская моральная автономия воли в современной философии анархизма // X международная конференция «Теоретическая и прикладная этика: Традиции и перспективы – 2018. Этика: переосмысление». Санкт-Петербургский Государственный Университет, 15 – 17 ноября 2018 г. Материалы конференции / Отв. ред. В.Ю. Перов – СПб.: ООО «Сборка», 2018. – С. 98.

⁷ Аванесов С.С. Автономия воли: Кант и Шопенгауэр о бесцельности нравственного действия // Этическая мысль. 2014. № 14. – С. 148.

⁸ Кант И. Основоположения метафизики нравов // Кант И. Собр. соч.: В 8 т. Т. 4. М., 1994. С. 219.

терминологическом понимании; при этом свобода воли индивида была бы невозможна без свободы интеллектуальной – если человек интеллектуально свободен, «его поступки представляют собой простой результат реакции его воли на мотивы, существующие во внешнем мире»⁹.

Стоит отметить, что воля становилась объектом изучения не только философских учений, но и цивилистических изысканий советского периода. Обобщая методологические подходы, получившие развитие в гражданско-правовой науке, ученые выделяли различные аспекты и основы в изучении феномена воли. Например, Курмашев Н.В. выделял психологическую основу как доминирующий подход при рассмотрении воли в юридическом контексте¹⁰. В рамках юридической парадигмы волю анализировали как юридический факт и этому подходу придавали значение такие ученые как, к примеру, Генкин Д.М.¹¹ Другим важным аспектом являлось рассмотрение обладания волей в правовом смысле, которое определялось понятием дееспособности, и Граве К.А. акцентировал внимание именно на этом аспекте¹². Таким образом, в исследованиях по гражданскому праву советского периода можно выделить разные точки зрения и акценты в понимании и анализе воли, которые зависели от конкретных теоретических парадигм и методологических подходов ученых.

Внешние обстоятельства окружающей действительности влияют на формирование человеческих потребностей – ими могут быть как материальные явления (например, имущественные интересы), так и нематериальные. Вне зависимости от их существа, потребности становятся основой для побуждения к их удовлетворению путем действий или

⁹ Шопенгауэр А. Собрание сочинений: в 6 т. Т. 3: Малые философские сочинения / Пер. с нем.; Общ. ред. и сост. А. Чанышева. – М.: ТЕРРА – Книжный клуб; Республика, 2001. – С. 371 – 372.

¹⁰ Курмашев Н.В. Учение о воле в юридической сделке в советской и современной российской цивилистической науке // Вестник гражданского права, 2007, № 1. // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

¹¹ Генкин Д.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВИЮН, вып. IV Юриздат, 1947. – С. 51.

¹² Гражданское право // Библиотека народного судьи, кн. IV, Юриздат, 1949. – С. 21.

бездействия. Такое побуждение (стремление) к чему-либо можно считать волей¹³.

Вторым составляющим автономии или свободы воли является непосредственно свобода. «Свобода» является понятием как конституционного права, политики, психологии и философии, так и многих других наук. Свобода как антропологическая характеристика становилась объектом исследования многих ученых различных периодов – от классиков немецкой философии (Фихте И.Г., Шеллинг Ф., внесших значительный вклад в идеи автономии личности) до деятелей марксизма (Энгельс Ф., например, анализируя работы Спинозы и Гегеля, утверждает, что свобода – есть осознанная необходимость¹⁴), экзистенциалистов, отечественных философов и многих других¹⁵. В связи с этим, углубляться в истоки данного понятия в рамках настоящей работы не представляется целесообразным¹⁶. Отметим лишь выработанное в доктрине триединство категорий свободы¹⁷: свобода (наиболее широкое понятие) – свобода выбора (наличие набора возможных действий) – свобода воли (частный случай свободы выбора решений)¹⁸. Далее под «свободой» будет пониматься возможность осуществлять или не осуществлять те или иные действия или бездействовать.

Степень свободы человека реализовывать свою волю, в свою очередь, безусловно, не является безграничной и зависит от множества различных факторов. Аналогичным образом, как смещается демаркационная линия

¹³ Что соответствует, например, воззрениям Лейбница Г.В., который под «волей» понимал «силу начинать или не начинать, продолжать или кончать различного рода действия нашей души и движения нашего тела, и при том только мыслью или выбором нашего духа, решающего, так сказать, что такое-то определенное действие должно быть совершено или не совершено» (см. Лейбниц Г. В. Новые опыты о человеческом разумении автора системы предустановленной гармонии // Сочинения: в 4 т. Т. 2 / ред., вступ. ст. и примеч. Нарского И.С.; пер. с фр. Юшкевича П.С. – М.: Мысль, 1983. – 686 с.).

¹⁴ Такая интерпретация, однако, подвергалась критике, см., например, Печурчик Ю.Ю. Понятие свободы и религии в «Философии духа» Гегеля // Вестник ЛГУ им. А.С. Пушкина. 2009. № 2 (Философия).

¹⁵ Соловьева Л.С. Свобода как антропологическая характеристика: автореф. дисс. ... канд. филос. наук. – Волгоград, 2012. – С. 6-7.

¹⁶ По справедливому замечанию Монтескье Ш.Л., «нет слова, которое получило бы столько разнообразных значений и производило бы столь различное впечатление на умы, как слово "свобода"» (см. Монтескье Ш.Л. О духе законов / пер. А. Матешука. М.: Мысль, 1999).

¹⁷ Необходимо отметить, однако, что такое тройственное разделение не является единственным существующим подходом. Выше были рассмотрены, например, виды свободы, выделяемые Шопенгауэром А. Виндельбанд В., в свою очередь, выделял свободу действия, свободу выбора и свободу хотения (Виндельбанд В. О свободе воли. М., 1905).

¹⁸ Пастухова Л.С. О специфике человеческой свободы // Logos et Praxis. 2010. № 1. С. 102.

между частным и публичным правом, меняется степень свободы воли и волеизъявления. Указанные изменения можно наглядно увидеть в историческом контексте развития российского гражданского права. Так, например, в России автономия воли претерпевала существенные ограничения в XX веке. Переход к плановой экономике СССР оказал невиданное ранее давление не только на свободное предпринимательство, но и на всякие взаимодействия участников гражданского оборота. В угоду интересам общности индивидуальная воля лиц подавлялась в наибольшей степени. Период относительной «оттепели» для диспозитивности гражданских отношений наступил с переходом к рыночной экономике. Рамки предыдущего уклада начали смещаться в пользу автономии волевых решений субъектов. Теперь интересы общности должны коррелировать и подстраиваться под индивидуальную волю лиц, тем самым обеспечивая свободу их поведения.

В настоящее время Россия, как и большинство стран, пришла к формату экономического либерализма (значительный вклад в доктрину которого внес А. Смит¹⁹), с которым принцип свободы воли в гражданских отношениях тесно связан. В целом в XVIII – XIX вв. особую значимость приобретают принципы *laissez-faire* (принцип невмешательства в частные дела) и свободы договора, которые, как отмечает Халфина Р.О., стали «боевым знаменем буржуазии в ее борьбе против феодального неравенства и абсолютистского государства»²⁰. Карапетов А.Г. и Савельев А.И. отмечают роль философии индивидуализма и либерализма как основополагающих составляющих научных учений, превозносивших автономию воли, что способствовало возвышению указанного принципа в континентально-европейских странах²¹.

¹⁹ Плотникова И.Н. Генезис теоретических представлений и правовых основ экономической свободы личности // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 6. С. 31 – 47.

²⁰ Халфина Р.О. Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 184.

²¹ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. М.: Статут, 2012. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. С. 128.

Конституция РФ²² переняла²³ идеи свободы личности и свободы предпринимательской деятельности, во-первых, как основу своего внутреннего экономического устройства, и во-вторых, как часть неотъемлемых прав и свобод граждан.

В первом случае государство приняло на себя в том числе функции по последующей (*ex post*) защите свободы участников гражданского оборота (проявляющейся, например, в защите конкуренции и антимонопольном регулировании²⁴), во втором – установила предварительные (*ex ante*) регуляторные предпосылки для самой принципиальной возможности эту свободу реализовывать.

Такие положения нашли свое место в статье 8 (свобода экономической деятельности), статье 23 (право на неприкосновенность частной жизни) и статье 34 Конституции РФ (право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной экономической деятельности).

Указанные конституционные, основные и неотчуждаемые права и свободы человека и гражданина составили основу для существования принципа автономии воли в гражданских правоотношениях.

²² Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

²³ Здесь хотелось бы вспомнить слова Гаджиева Г.А. о динамике конституционного развития: «Однако и конституционное право с помощью норм-принципов демонстрирует объективные закономерности функционирования общества. Изменение представлений о конституционных принципах – результат конституционной политики, осуществляемой всеми высшими органами государства» (см. Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2; СПС «КонсультантПлюс»).

²⁴ По вопросу о роли государства в обеспечении защиты свободы экономической деятельности в доктрине существует как позиция о необходимости закрепления подобных механизмов в законодательстве – институциональный подход (например, Д. Ходжсон), так и противоположная позиция – либеральный подход (например, Ф. Хайек). Подробнее см. Попондопуло В.Ф. Свобода предпринимательства и антимонопольное законодательство // Российский юридический журнал. 2019. № 2. С. 156 – 163.

Выполняя свою квазиправотворческую функцию²⁵, Конституционный Суд РФ в своих актах неоднократно выделял автономию воли в качестве одного из начал гражданского законодательства²⁶.

Проявления автономии воли в гражданских правоотношениях многогранны, и законодательство, очевидно, не содержит и не могло бы содержать закрытого перечня случаев социальной и правовой действительности, в которых такие проявления отражаются, к примеру: отношения представительства – привлечение по своей воле чужой воли для действий в своем интересе, корпоративные отношения – создание и прекращение существования юридических лиц свободной волей участников, отношения собственности – осуществление доступных собственнику или законному владельцу правомочий, и, очевидно, обязательственные отношения в широком значении.

В развитие таких конституционных прав и свобод законодатель закрепил автономию воли субъектов гражданских правоотношений в пункте 2 статьи 1 Гражданского кодекса РФ в трех аспектах:

- в приобретении и осуществлении субъектами своих гражданских прав своей волей и в своем интересе;
- в свободе установления своих прав и обязанностей на основе договора;
- в определении любых не противоречащих закону условий договора.

Необходимо отметить, однако, что Гражданский кодекс РФ прямо не называет указанное положение в качестве принципа «автономии воли» или «свободы воли». Однако Конституционный Суд РФ все же обособляет данную конструкцию в целом, называя ее *«принципом осуществления гражданских*

²⁵ В научной литературе ведется отнюдь небеспопеченный дискурс о природе и пределах толкования нормативных правовых актов Конституционным Судом РФ при их проверке на предмет соответствия Конституции РФ, причем отдельного внимания заслуживает проблематика позитивного правотворчества (в смысле формулирования новых правил поведения). Подробнее см. Уваров А.А. О типологии правопонимания в решениях Конституционного Суда РФ // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 5. С. 55 – 59.

²⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 06.06.2000 № 9-П // СПС «КонсультантПлюс», постановление Конституционного Суда РФ от 01.04.2003 № 4-П // СПС «КонсультантПлюс», постановление Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 № 1-П // СПС «КонсультантПлюс», и др.

прав в своей воле и в своем интересе»²⁷ или «принципом частной автономии»²⁸ и отделяя ее от довольно смежного и тесно связанного с ней принципа свободы договора (который отдельно поименован в пункте 1 статьи 1 и статье 421 Гражданского кодекса РФ).

Как видно из вышеприведенного анализа, частная воля субъектов, обладая свойством свободы и недопустимости произвольного и неоправданного вмешательства, предопределяет их возможность действовать в пределах своих намерений (интересов, побуждений) посредством договорно-правовых отношений.

Однако если договор сам по себе является механизмом реализации частной автономии для всех его сторон, свободных в установлении своих прав и обязанностей на его основе, с очевидностью может возникнуть вопрос о соотношении такой свободы заключающих его лиц между собой.

Учитывая упомянутые предпосылки развития принципа свободы воли (в том числе идей индивидуализма и либерализма), сама частная автономия порождает ряд известных проблем, связанных с необходимостью учета желаний сторон договора для его заключения.

Решение проблемы учета желаний сторон заключается в самой сущности договора как соглашения, направленного на совместное удовлетворение интересов – воли всех участвующих субъектов.

Упоминания о договоре в целом, и условиях соглашений в частности, как взаимных волевых явлениях могут быть найдены еще в греческих и римских источниках. Так, первые считали: «как один с другим договорился, так оно и должно иметь силу»²⁹, а римский термин «*convention*» буквально означал «сходиться в одном месте» – то есть для заключения договора сторонам необходимо было «сойтись на одном [содержании условий]»³⁰. Отмечая существо обязательственных договоров по римскому праву, проф.

²⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2015 № 6-О // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 26.04.2021 № 676-О // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ Римское частное право: учебник для вузов / И.Б. Новицкий [и др.]; ответственные редакторы И. Б. Новицкий, И. С. Перетерский. – Москва : Издательство Юрайт, 2023. – С. 363.

³⁰ Римское право. Учебник для вузов. / И.Б. Новицкий – М: ИКД ЗЕРЦАЛО-М, 2003. – С. 129.

Виндшейд Б. указывает, что они состоят из совокупного изъявления двух воль, причем «изъявление воли одной стороны направлено на то, чтобы стать должником, подчинить свою волю воле другой стороны; изъявление воли второго направлено на то, чтобы подчинить себе эту волю, усвоить ее [...]»³¹.

С развитием упомянутых ранее подходов к автономии человеческой воли необходимость совпадения воли в едином юридическом акте нашла свое отражение также в актах гражданского законодательства западноевропейских государств. Так, например, Австрийское Всеобщее гражданское уложение (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) 1812 года содержало прямое указание на заключенность договора «совпадающими волями» (*übereinstimmenden Willen*) при принятии оферты (§861)³². В свою очередь, Общепрусское земское уложение (*Allgemeines Landrecht*) и Гражданский кодекс Франции (*Code civil*) такого прямого указания не содержат, при этом содержание обоих позволяет предположить, что именно из совпадения воли происходят договорные отношения: к примеру, при определении понятия «договор» первый кодекс оперирует понятием «обоюдного согласия» (*Wechselseitige Einwilligung*) (§5.1)³³, а второй изначально ограничивался лишь словом «соглашение» (*convention*)³⁴ (статья 1101)³⁵. Для общества, разделенного классовой борьбой, такое проявление доктрины свободы договора и свободы воли в свое время дополнительно отражало шаг на пути к либерализму³⁶.

³¹ Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву / Б. Виндшейд; ред. А. Д. Думашевский. – Санкт-Петербург: Типография Д. Думашевского, 1875. – С. 126.

³² Гражданский кодекс Австрии (Всеобщее гражданское уложение Австрии) 1812 [*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, ABGB] // Система правовой информации Федерального Министерства финансов Республики Австрия. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/eli/jgs/1811/946/P0/NOR40198929>.

³³ Общепрусское земское уложение 1794 [*Allgemeines Landrecht*, ALR] // URL: https://opiniojuris.de/quelle/1622#Dritter_Titel_Von_Handlungen_und_den_daraus_entstehenden_Rechten.

³⁴ Под «*convention*» изначально понималось соглашение воли, имеющее целью создание любых правовых последствий, в то время как под договором рассматривались только соглашения, создающие обязательства. Следует заметить, однако, что в ходе реформы гражданского законодательства Франции 2016 года в том числе редакция статьи 1101 претерпела изменения, одним из которых стала замена термина «*convention*» на термин «*accord de volontés*» – волевое соглашение. Подробнее см. François C. «Présentation des articles 1101 à 1111-1 du nouveau chapitre I «Dispositions liminaires»», La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1. URL: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaires/>.

³⁵ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) // М.: Инфотропик Медиа, 2012 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Angelo A.H., Ellinger E.P. Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States // 14 International and Comparative Law Journal. 1991 – 1992. С. 456.

Если же обратиться к источникам русского гражданского права дореволюционного периода, также можно заметить в целом непротиворечивый подход к природе гражданско-правового договора как совпадения воли двух сторон.

В силу статьи 1530 тома X Свода законов Российской Империи договаривающимся сторонам оставлялось *на волю* включать в договор по обоюдному согласию и их усмотрению *всякие условия, не противоречащие закону*³⁷. Комментируя проблематику установленного регулирования, Победоносцев К.П. определял сущность договора в том, что «он совершается в минуту полного, сознательного, единовременного соглашения воли»³⁸. Гуляев А.М. же называл договор «намеренным совпадением воли двух сторон»³⁹, а о его составлении можно говорить только «когда воля одного контрагента совпала с волею другого»⁴⁰.

В то же время, обращаясь к проекту Гражданского уложения Российской Империи, стоит упомянуть, что авторы считали, во-первых, свойством договора полное единение двух волей, а во-вторых, моментом заключения договора – установление обоюдного согласия как относительно существенных условий, так и всей совокупности других условий, которые каждая из сторон посчитала нужным включить в договор⁴¹. Комментируя проект статьи 6 Гражданского уложения Российской Империи, Гальперин С.П. отмечает, что волеизъявление стороны составляет договор в тот момент, когда волеизъявление другой стороны выразилось в консенсусе⁴² (вспоминая, в данном случае, слова Ульпиана: *et est pactio duorum pluriumve in idem placitum*

³⁷ Книга четвертая Тома X «Свод законов гражданских. Свод законов межевых» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?empire>.

³⁸ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. - М.: Статут, 2002. – С. 73.

³⁹ Гуляев А.М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства и проекта Гражданского уложения (издание 2-е, дополненное). – С.-Петербург, типография М. М. Стасюлевича, 1911 г. // ЭПС «Система ГАРАНТ».

⁴⁰ Гуляев А.М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства и проекта Гражданского уложения (издание 2-е, дополненное). – С.-Петербург, типография М. М. Стасюлевича, 1911 г. // ЭПС «Система ГАРАНТ».

⁴¹ Том первый Книга пятая Проекта Гражданского Уложения Российской Империи. С. 31.

⁴² Гальперин С.П. Замечания на главу первую проекта V книги Гражданского уложения («Об обязательствах») // Вестник права. 1903. № 1. С. 83.

et consensus – пакт [договор] есть соглашение и согласие двух или нескольких об одном и том же⁴³).

Как можно заметить из вышеприведенных источников, а также из комплексных доктринальных исследований (например, Анненкова К.Н.⁴⁴ и Тютрюмова И.М.⁴⁵), деятели русского гражданского права в части обязательственных отношений сходились во мнении об основополагающем значении «соглашения» или «единения» воли сторон для совершения договорного правоотношения.

Такого подхода о необходимости взаимного познания согласованной воли обоих контрагентов придерживались в том числе Гольмстен А.Х.⁴⁶, Цитович П.П.⁴⁷ и Шершеневич Г.Ф.⁴⁸ Покровский И.А. также исходит из того, что предпосылкой юридических последствий договора являются желания договаривающихся сторон⁴⁹.

Здесь нельзя не упомянуть позицию Мейера Д.И., по мнению которого «сам по себе факт, что у двух или более лиц одинаковая воля, еще не порождает ничего обязательного [...]»⁵⁰. В данном аспекте ученый затрагивал вопрос об иных присущих договорам свойствах, без которых они не порождали бы обязательную силу, в частности – облечение совпавшей воли в установленную форму. Похожие идеи получали свое развитие и ранее⁵¹. Безусловно, одно лишь совпадение воли не порождает обязательства, однако

⁴³ Полдников Д.Ю. Проблемы договорной теории *ius commune* (XII – XVI вв.) // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2008. № 1. С. 39.

⁴⁴ Анненков К.Н. Система русского гражданского права / К.Н. Анненков. – Санкт-Петербург: Лань, [б. г.]. – Том 4: Отдельные обязательства – 2013. – С. 6 – 12.

⁴⁵ Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Книга 4. – М.: Статут, 2004. – С. 2 – 8.

⁴⁶ Гольмстен А.Х. Очерки по русскому торговому праву. СПб., 1895. С. 128.

⁴⁷ Цитович П.П. Учебник торгового права. – Киев, издание книгопродавца Н. Я. Оглоблина, 1891 г. – § 21 // ЭПС «Система ГАРАНТ».

⁴⁸ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. Издание девятое (второе посмертное) // Московское научное издательство. 1919. – С. 203.

⁴⁹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – 8-е изд. – Москва: Статут, 2020. (Классика российской цивилистики). – С. 243

⁵⁰ Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. (по испр. и доп. 8-му изд., 1902): Изд. 3-е, испр. / М.: Статут, 2003 (Классика российской цивилистики). 829 с. // СПС «КонсультантПлюс»

⁵¹ Так, например, Фридрих Савиньи, считавший договор приложением более общего понятия – юридической сделки, – полагал, что его заключение обусловлено наличием и выражением воли и соответствием наличествующей воли ее выражению. Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Предисловие докт. юрид. Наук, проф. В.Ф. Попондопуло. Перевод с немецкого В. Фукса и Н. Мандро. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 485.

оно является первопричиной, в самой своей сущности порождающей все иные необходимые его характеристики. Именно поэтому учения о теории воли исходят из недопустимости пороков воли при заключении сделок, и именно поэтому законодательство дифференцирует последствия таких нарушений при заключении сделок – к примеру, последствия наличия пороков воли считаются более существенными и несут последствия в виде недействительности, в отличие от пороков формы, при которых сделка (договор) могут оставаться действительными и заключенными.

Современное российское гражданское право также исходит из необходимости согласованности воли сторон. Такого мнения придерживаются, например, Соломин С.К. и Соломина Н.Г., которые подчеркивают, что для двусторонних сделок характерно «всегда изъявление согласованной (единой) воли всех его сторон, которая формируется в результате встречного волеизъявления [...]; только совпадение этих встречных волеизъявлений позволяет сформировать согласованную (единую) волю»⁵².

Указанная идея, основанная на соотношении интересов автономных лиц, перешла и в плоскость современного гражданского законодательства и судебского толкования. Фундаментом, на котором строится договорное право в России (и, как представляется, во всех развитых юрисдикциях), является юридический акт заключения двусторонней сделки, который требует проявления взаимной согласованной воли сторон, что явно утверждается в пункте 3 статьи 154 Гражданского кодекса РФ. Ранее Высший Арбитражный Суд РФ подчеркивал, что сделка представляет собой результат волевого акта её участников⁵³. Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал важность выражения согласованной воли как одного из ключевых факторов при заключении договоров⁵⁴. Расширяя толкование пункта 3 статьи 154

⁵² Соломин С.К., Соломина Н.Г. Юридические факты и иные жизненные обстоятельства: цивилистический очерк: монография. М.: Юстицинформ, 2022. 168 с. // СПС «КонсультантПлюс».

⁵³ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.02.2008 по делу № А40-13978/07-60/103 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 29.05.2014 № 1075-О // СПС «КонсультантПлюс».

Гражданского кодекса РФ, Верховный Суд РФ добавляет важный аспект – последствия наличия взаимной согласованной воли сторон, которые имеют непосредственное отношение к возникновению юридических последствий⁵⁵.

Таким образом, договорные отношения и договоры сами по себе представляют собой единение воли заключающих их лиц. Однако, как было показано выше, воля является стремлением лица к чему-либо определенному, а свобода воли позволяет определять какое-либо конкретное действие (или его отсутствие). В свою очередь, договор, как правило, является комплексной системой синаллагматических решений сторон по отношению друг к другу. В таком случае воля договаривающихся сторон, пусть и соответствующая друг другу, не может представлять единичное выражение.

Воля для заключения договора должна выражаться в системе совпадающих единств принятых решений по каждому конкретному вопросу, составляющих суть сделки – создание, изменение или прекращение правоотношения. В противном случае наличие совместной, совпадающей воли на заключение договора *a priori* означало бы наличие совместных, совпадающих намерений на регулирование вопросов о его изменении или его прекращении.

Данное противоречие разрешается, если мы примем необходимость согласованности воли как характеристики вступления в договорную связь по определенному набору элементов договора, составляющих его содержание. Такими элементами являются договорные условия.

Рассмотрение существа условия имеет важное значение в сфере применения многих институтов гражданского и, в частности, договорного права. Договорные условия играют важную роль в договорных отношениях, поскольку являются, во-первых, основой для признания факта заключения договора (когда речь идет о существенных условиях), а во-вторых – основой для определения прав и обязанностей сторон и важным инструментом в урегулировании споров и разногласий между контрагентами.

⁵⁵ Определение СКГД Верховного Суда РФ от 04.07.2017 № 4-КГ17-23 // СПС «КонсультантПлюс».

Стоит отметить, что немалое количество научных работ, посвященных проблемам договорного права, касались в той или иной степени понятия «условие договора»⁵⁶.

Так или иначе вопрос о существовании договорных условий рассматривался и в русском гражданском праве. Так, к примеру, касаясь общего учения о договорах, Мейер Д.И. раскрывает сущность условий договора как составных частей последнего, сопровождающих его предмет: «право на чужое действие, составляющее предмет договора, сопровождается обыкновенно известной обстановкой, подвергается *точнейшим, подробнейшим определениям, которые в совокупности составляют содержание договора* и известны под именем его условий. Почему и сам договор называется иногда также условием, в смысле совокупности отдельных условий договора»⁵⁷.

В дореволюционной доктрине российского гражданского права упоминалось, что «под условиями понимаются не обязательства, составляющие предмет договора, [...] а понимаются составные части договора, которые составляют собственно распоряжения договорившихся, побочные определения, постановленные ими относительно содержания, осуществления или цели заключаемой сделки»⁵⁸.

В то же время интерес вызывает концепция Гуляева А.М., который рассматривал договор как совокупность вопросов и ответов: «когда на вопрос одной стороны другая отвечает выражением своего согласия, договор составлен»⁵⁹.

⁵⁶ В данном отношении нельзя не упомянуть справедливое замечание Шершеневича Г.Ф. о том, что «в связи с юридическими определениями находится так называемая юридическая природа института, под которою следует понимать логическое соответствие определяющих его элементов» (см. Шершеневич Г.Ф. Избранное / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников – М.: Статут, 2016. – С. 337).

⁵⁷ Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. М.: «Статут», 2003. – С. 57 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁸ Договорное право по решениям кассационного сената. // Типография губернского правления г. Владимира. – 1880. – С. 45.

⁵⁹ Гуляев А. М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства и проекта Гражданского уложения (издание 2-е, дополненное). – Санкт-Петербург, типография М.М. Стасюлевича, 1911 г. // ЭПС «Система ГАРАНТ».

Проектом Гражданского уложения Российской Империи устанавливалось, что договор признается заключенным, когда договаривающиеся стороны выразили друг другу согласие по всем предметам:

1. Имеющим существенное значение в заключаемом договоре, а равно и
2. Относительно которых, по заявлению хотя бы одной из сторон, должно состояться соглашение⁶⁰.

Исходя из этого можно сделать вывод, что авторы проекта Гражданского уложения Российской Империи считали договорные условия совокупностью определений, которые каждая из сторон посчитала нужным включить в договор.

Источники гражданского права советского периода, в свою очередь, не позволяют установить объем, который включался в понятие договорного условия. Более того, сам термин «условие» в XIX – XX веке употреблялся и в ином значении. Структурные единицы договора, по которым сторонами достигалось (или должно было быть достигнуто) согласие именовались также как «распоряжения» или «определения», «предметы» (см. выше), или «пункты» (в Гражданских кодексах РСФСР)⁶¹.

В данном отношении крайне важной представляется позиция Иоффе О.С., который безоговорочно проводил разграничение между условиями договора и вытекающими из них правами и обязанностями, следующими из них: «права и обязанности образуют содержание обязательства, но не породившего его договора, а совокупность условий составляет содержание соглашения, но не обязательства, которое из него возникло»⁶². Из этого следует, в частности, его подход к рассмотрению содержания договора как совокупности условий, которые могут быть как результатом формулировки сторон, так и результатом действия применимого закона.

⁶⁰ Том первый Книга пятая Проекта Гражданского Уложения Российской Империи. С. 29 – 31.

⁶¹ См., например, статью 130 Гражданского кодекса РСФСР 1922 года // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru/> или статью 160 Гражданского кодекса РСФСР 1964 года // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru/>.

⁶² Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 27.

Указанное разграничение проистекает, по существу, из различий в оценке качеств договора как правоотношения и как сделки. Согласно позиции Брагинского М.И. и Витрянского В.В.⁶³, договорные условия представляют собой способ четкой и формальной фиксации прав и обязанностей, установленных между сторонами в рамках соглашения. Когда говорят о содержании договора как о его сущности в контексте правоотношений, подразумевают тем самым права и обязанности, которые возникают у контрагентов вследствие заключения договора. В отличие от этого, содержание договора как сделки состоит из конкретных договорных условий. Само понятие «договорные условия» имеет фиксационную роль, поскольку оно служит для ясного описания согласованных деталей договора.

В процессе заключения договора – на преддоговорной стадии – стороны выражают собственную волю на урегулирование тех или иных вопросов посредством формулирования условий. Как было показано выше, в силу принципа автономии воли стороны свободны в определении любых не противоречащих закону условий, и такой процесс, как правило, основывается на равенстве контрагентов. Из данного правила, однако, существуют исключения – одна сторона в силу своей более сильной позиции может обладать более существенными переговорными позициями. Традиционно такая ситуация возникает в государственно-частных отношениях, например, в связи с заключением государственных контрактов.

Однако, и в обычных гражданско-правовых отношениях между коммерческими организациями применяются правила о договорах присоединения⁶⁴. Так, устоявшимися критериями наличия между двумя сторонами дисбаланса является в том числе: предложение проекта договора (условий) одной из сторон, другая сторона поставлена в положение,

⁶³ См. раздел 2 главы IV – Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереотипное. М.: Статут, 2001. Кн. 1. 848 с. // СПС «КонсультантПлюс»

⁶⁴ Так, исходя из позиции в пункте 2 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 147, по смыслу пункта 1 статьи 428 Гражданского кодекса РФ путем присоединения может быть заключен любой гражданско-правовой договор вне зависимости от состава сторон договора и целей, преследуемых при его заключении (Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 147 // СПС «КонсультантПлюс»).

затрудняющее согласование иного содержания предложенных условий, другая сторона не может отказаться от заключения договора⁶⁵; также – экономически и организационно более сильное положение одной из сторон, отсутствие возможности «преодолеть сопротивление» стороны, навязывающей свои условия⁶⁶. В таких случаях правопорядок предоставляет более слабой стороне средства правовой защиты, тем самым восстанавливая сложившийся дисбаланс автономии воли между сторонами.

При рассмотрении договорного условия как единицы совпавшего волеизъявления по конкретному вопросу, неизбежно должен возникнуть вопрос о степени содержащейся в нем воли. Помочь разрешить данный вопрос может обращение к классификации договорных условий.

Представляется, что, как и многие другие явления современного гражданского права, актуальные классификации договорных условий берут свое начало в римском частном праве.

Римские юристы выделяли в договоре определенные структурные элементы, подразделяющиеся на две категории: существенные (без которых договор как таковой отсутствует – согласие, предмет (объект) и основание) и случайные (включающиеся в договор по желанию сторон, и не являющиеся необходимыми – срок, место, способ и др.)⁶⁷.

Современные доктринальные источники не отличаются единством по данному вопросу. Между исследователями остаются до конца не разрешенными споры в части видов условий, терминологии, классифицирующих признаков и т.д. Брагинский М.И. и Витрянский В.В. придерживаются трехчленной классификации договорных условий на *существенные* (необходимые и достаточные для того, чтобы договор считался заключенным и тем самым способным породить права и обязанности у его

⁶⁵ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора» // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁶ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.08.2022 по делу № А45-5774/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁷ Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. – Ленинград: Из-во Ленинградского ун-та. –1975. С. 94 – 96.

сторон), *обычные* или *обыкновенные* (которые вытекают из диспозитивных норм закона и обычаев), и *случайные* (которые, не будучи основными, необходимыми для всех вообще сделок (договоров) определенного типа, содержат согласованные сторонами положения, которые иногда не совпадают с диспозитивными нормами закона или обычаями)⁶⁸.

Указанными авторами критикуются иные классификации. Например, Пугинский И.Б. выделял наряду с существенными также *предписываемые* условия (необходимость включения которых в текст договоров предусматривается законодательством), *инициативные* (которые не упоминаются в законодательстве и их включение в соглашение определяется усмотрением сторон) и *отсылочные* (которые предусматривают, что по соответствующему вопросу стороны руководствуются названными ими нормативными актами)⁶⁹. Иная критикуемая позиция высказывалась Кофманом В.И., который выделял условия *существенные* (их согласование необходимо для признания договора заключенным), *императивные* (сформированные для данного договора императивной нормой закона и вследствие этого подлежащие обязательному включению в договор, при этом независимо от воли сторон), *обычные* (те, которые установлены диспозитивными нормами), *предписываемые* (условия, которые должны согласовываться сторонами в соответствии с содержащимися в законе основаниями, но, однако, не должны ставить вывод о совершении договора в зависимость от того, включено ли в него указанное предписание), *случайные* (те, которые представляют собой соглашения по вопросам, вообще не урегулированным правовыми нормами либо согласованным в отступление от общих правил, содержащихся в диспозитивных нормах)⁷⁰.

⁶⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереотипное. М.: Статут, 2001. Кн. 1. 848 с. // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁹ Такая классификация впоследствии была отражена в издании Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. – С. 149 – 150.

⁷⁰ Советское гражданское право. Учебник. Т. 1 / Гальперин Л.Б., Кириллова М.Я., Кофман В.И., Красавчиков О.А., и др.; Под ред.: Красавчиков О.А. – М.: Высш. шк., 1968. – 519 с.

В рамках настоящего исследования внедрение в дискуссию таких авторитетных цивилистов представляется, по меньшей мере, непомерной задачей. С учетом направленности исследования более важным представляется вопрос о степени наличия воли в договорных условиях.

Если бы каждое согласованное условие имело бы равноценно высокое значение для сторон, соответственно, по каждому из них сторонами следовало бы достигать согласия. А это, в свою очередь, приводило бы к выводу, что каждое условие считается субъективно существенным⁷¹. Данный тезис не представляется верным, поскольку в таком случае количество считающихся заключенными договоров стремилось бы к невероятно низким цифрам. Соответственно, при согласовании договорных условий для сторон имеет значение также какой-то иной фактор. Таким фактором представляется необходимым считать последствия несогласования того или иного условия. В одном случае согласование определенного вопроса может иметь настолько существенное значение, что отсутствие согласия по нему приведет к отказу стороны от заключения договора в принципе. В другом случае, договорное условие может хотя и иметь значение для стороны, однако последствия потенциального незаключения договора при отсутствии такого условия будут иметь значительный «перевес».

В этой связи по субъективно-волевому критерию представляется разумным выделить субъективно существенные условия (условие, имеющее высокую значимость для одной из договаривающихся сторон, в случае несогласования которого она откажется от заключения договора) и субъективно несущественные условия (условие, имеющее невысокую

⁷¹ Имеется в виду подразделение существенных условий на *объективно существенные* (необходимые и достаточные для признания договора заключенным) независимо от воли участников) и *субъективно существенные* (по воле участника преддоговорных процедур ставшие существенными, то есть обретшими ту же юридическую силу и то же юридическое значение, которыми обладают объективно существенные условия договоров) (см. Танага А.Н. Момент заключения договора в российском гражданском праве: монография. Москва: Проспект, 2023. 120 с.).

значимость для одной из договаривающихся сторон, несогласование которого не повлияет на ее намерение заключить договор)⁷².

Таким образом, договор (а равно – сделка, соглашение и прочие юридически обязывающие формы фиксации относительной связи) состоит из различных условий, которые в совокупности определяют его содержание. Учитывая предопределяющий заключение договора фактор единства воли сторон, можно при этом отметить, что «договорное условие» может рассматриваться одновременно как отдельное волеизъявление, отражающее согласованную волю сторон по определенному вопросу заключения, исполнения или прекращения обязательства, так и как часть целого волеизъявления на заключение договора-сделки в целом. При этом, среди договорных условий как обоюдно согласованных единиц волеизъявления каждое из них может иметь различное значение для сторон, и тем самым содержать в себе различную степень волевого фактора, от которого при заключении договора зависел сам факт его заключения.

⁷²

В приводимой классификации намеренно опускается выделение условий, соответствующих или не соответствующих диспозитивным нормам. По своей сути и как будет показано подробнее в параграфе 1.2 настоящего исследования, выбор модели договорного поведения, соответствующего диспозитивному правилу (посредством включения тождественного условия или молчаливого согласия с ним), предполагает не меньшее волевое значение, чем отклонение от предписываемого диспозитивными нормами поведения.

1.2. Договорный пробел как прямо не выраженная воля сторон

В большинстве случаев воля становится основанием возникновения договорного правоотношения, когда получает свое выражение во внешней действительности. Именно поэтому при сугубо формальном подходе волеизъявление (как внешнее проявление воли) занимает ведущую роль при разрешении вопросов, связанных с заключением, изменением или прекращением юридических связей.

Однако волеизъявление, пусть и несомненно имея важную роль в частноправовых конструкциях, не является исключительно доминирующим аспектом. В противном случае любая доктринальная полемика, столь распространенная в отечественном⁷³, международном⁷⁴ и зарубежном праве⁷⁵, о соотношении воли и волеизъявления не имела бы места.

В связи с указанным взаимоотношением сложился ряд теоретико-методологических подходов, каждый из которых отмечает превалирующий характер воли или волеизъявления. В работах, посвященных теории сделок и порокам воли, традиционно выделяется, например, Дернбургом Г., теория воли (действует то, что действительно соответствует истинной свободной воле лица), теория волеизъявления (действует то, что выражено, несмотря на порок воли) и теория доверия (действует то, что выражено по крайней мере тогда, когда адресат волеизъявления доверился содержанию внешнего состава волеизъявления)⁷⁶.

⁷³ О подобной проблематике писали многие российские цивилисты, в том числе Новицкий И.Б., Grimm Д.Д., Покровский И.А. и другие. Взгляды ученых подробно раскрывает, например, Белов В.А. (Белов В.А. Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор) // Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008. С. 5 – 118).

⁷⁴ Сметанин Н.В., например, с опорой на учения Анцилотти Д. проводит анализ связанных с волей и волеизъявлением аспектов в односторонних волевых актах государства (Сметанин Н.В. К вопросу о волевом характере односторонних актов государств // Российский юридический журнал. 2021. № 1. С. 115 – 125).

⁷⁵ Фоков А.П., к примеру, указывает на наличие такой проблематики в призма правоприменительной практики судебных органов Китайской Народной Республики (Фоков А.П. Современное состояние договоров посредничества в частном праве России и Китая // Международное публичное и частное право. 2022. № 3. С. 41 – 44).

⁷⁶ Подробно эти аспекты описаны Пановым А.А. (Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. № 1. С. 52 – 81).

Было бы также не совсем верным утверждать, что человек может вступать, изменять существующие правоотношения или принимать на себя права и обязанности лишь в случае внешнего изъявления воли.

Как было установлено в параграфе 1.1 настоящего исследования, люди обладают определенной мерой свободы, проявляющейся в личной способности избирать для себя ту или иную модель поведения (*modus operandi*)⁷⁷. Человеческому быту и, как следствие, регулирующим его правовым нормам известно множество случаев, при которых индивид, не выражая внешне каких-либо действий, обладает внутренним намерением к какому-либо результату.

Гражданские правоотношения, в первую очередь, исходят из первоочередной роли действий субъектов: именно действия являются основанием для возникновения гражданских прав и обязанностей, а волеизъявление, направленное на их установление, изменение или прекращение, считается сделкой.

При этом не только лишь действия имеют правовые последствия. Такие последствия предусмотрены и при отсутствии как такового классического волеизъявления, выраженного в активных действиях. Отсутствие действия – то есть бездействие – также является основанием для возникновения, изменения или прекращения правоотношений. Свою роль в этом, разумеется, играет обозначенный ранее принцип автономии воли: субъекты гражданских правоотношений в целом, граждане и юридические лица в частности приобретают свои гражданские права своей волей и в своем интересе, а принадлежащие им гражданские права осуществляют по своему усмотрению. Так, например, с давних времен правовому учению известно, что обязанность может заключаться как в необходимости что-либо сделать (*facere*), так и в

⁷⁷ Аналогичной позиции придерживается, например, Дадашова С.Н., с позицией которой трудно не согласиться (Дадашова С.Н. Свободная воля как основа морального действия: Шопенгауэр vs Кант // Манускрипт. 2019. № 6. С. 108 – 113.).

необходимости что-либо не сделать (*non facere*) или что-либо претерпевать (*pati*)⁷⁸ – то есть бездействовать.

Сущность бездействия сама по себе состоит в *отрицательном действии*. Красавчиков О.А., проводя параллели между отрицательными юридическими действиями и отрицательными юридическими фактами (которые, в его представлении, отражали отсутствие определенного явления в известных условиях), утверждает, что «*отрицательное волеизъявление*» не означает отсутствие воли⁷⁹.

В связи с этим, стоит согласиться с Харитоновой А.А., которая называет бездействие в праве правовым поведенческим актом и одновременно формой гражданско-правового поведения при условии влечения за собой последствий гражданско-правового характера⁸⁰.

Соответственно, было бы неверным повсеместно приравнивать бездействие к фактическому отсутствию воли управомоченного или обязанного лица при отсутствии реализации принадлежащего ему права или отсутствии исполнения имеющейся у него обязанности. Так, например, призванное к наследованию лицо может отказаться от наследования как посредством конкретного активного юридического акта (действия) – подачи заявления об отказе от наследства; так и посредством фактического бездействия – непринятия наследства. В обоих случаях потенциальный наследник может иметь абсолютно одинаковую волю и намерение, которые будут заключаться в данном случае в непринятии на себя статуса правопреемника⁸¹.

⁷⁸ Обязанности *pati* и *non facere*, по мнению Кравченко А.А., отличаются тем, что «правовые последствия реализации права, противостоящего обязанности *pati*, наступают в отношении обязанного лица, в то время как правовые последствия реализации права, противостоящего обязанности *non facere*, наступают в отношении управомоченного лица» (Кравченко А.А. Секундарные права в российском гражданском праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 11).

⁷⁹ Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 100.

⁸⁰ Харитонов А.А. Бездействие в гражданском праве: определение понятия // Пролог: журнал о праве. 2021. № 4 (32). С. 35 – 45.

⁸¹ В указанной ситуации, хотя и можно говорить о наличии одинаковой воли в обоих случаях, следует все же обратить внимание на различные правовые последствия. Разница между отказом от наследства и непринятием наследства в том, что при непринятии наследства у наследника никаких прав не возникает, а при отказе он передает свое право другому лицу. Соответственно, и внутренние

В качестве противоположного примера можно было бы рассмотреть отказ от права собственности: поскольку такое вещное право является имманентным, правопорядок связывает отказ от него именно с совершением активного действия (например, объявления об этом). Даже в случае с находкой имеется предшествующее ей активное действие (пусть и несознательное) – потеря вещи, или в ситуации с обращением в собственность вещи, от которой отказались, имеется предшествующее не менее активное действие – оставление, в результате которого вещь приобретает статус брошенной. Как представляется, утрата права собственности бездействием все же возможна – в случае, если собственник не предпринимает действия по защите права собственности, то есть не истребует свое имущество из чужого незаконного владения, по сути, можно говорить о реализации его воли на фактический отказ от вещи (при отсутствии объективных препятствий для заявления виндикационного иска) отрицательным волеизъявлением.

Таким образом, правопорядок наделяет отсутствие действия как таковое юридическими последствиями: бездействие наравне с действиями может являться основанием для возникновения правоотношения, и быть средством реализации воли субъекта. Учитывая вышеизложенное, представляется возможным исходить из тезиса о том, что отсутствие волеизъявления не может означать безусловное отсутствие воли; отсутствие волеизъявления, при этом, может являться юридическим актом, порождающим правовые последствия.

Оставляя за рамками настоящего исследования вопросы о сущностной характеристике иных видов отрицательного волеизъявления (включая неправомерное бездействие) и специфических форм его наличия (например, конклюдентных действий (*concludere*)), стоит рассмотреть форму, наиболее распространенную для договорных отношений и, как следствие, наиболее релевантную для рассматриваемой темы.

побуждения потенциального наследника могут быть различными. Подробнее вопрос о возможности установления содержания воли будет рассмотрен далее.

«Кто молчит, не считается безусловно согласившимся, но вместе с тем он и не отрицает» – приводит римскую цитату Новицкий И.Б.⁸², выделяя «молчание» среди прочих форм выражения воли. Действительно, молчание признавалось юридическим актом бездействия, при котором наступают правовые последствия, еще со времен римского права: Иоффе О.С. пишет, например, о ситуациях, когда при молчании продавца в ответ на иск покупателя об истребовании вещи происходила уступка права покупателю⁸³. Другим распространенным случаем подобной квалификации является пролонгация (возобновление) договоров найма/аренды посредством молчаливого согласия (*tacita reconductia*). Проф. Виндшейд Б. также соглашается с возможностью квалификации молчания как пассивного юридически связывающего акта: «изъявление воли (со стороны кредитора или должника) может последовать не только определительно, но и молчаливо»⁸⁴.

И регулирование обязательств в том числе сейчас допускает случаи выражения воли молчанием: так, например, при прекращении долга обязательства считаются прекращенными, если должник не заявит возражений против такого прекращения (статья 415 Гражданского кодекса РФ).

Не менее интересной с научной точки зрения представляется ситуация с молчанием в качестве согласия на совершение сделки.

В целом, вопрос о том, может ли являться молчание выражением воли на совершение сделки, решен в науке и законодательстве, – сложившаяся система исходит из действия «нормированного» молчания, то есть такого молчания, с которым именно соглашение сторон или закон связывает правовые последствия – Карапетов А.Г. называет такое решение

⁸² Римское право. Учебник для вузов. / И.Б. Новицкий – М: ИКД ЗЕРЦАЛО-М, 2003. – С. 131

⁸³ Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. – Ленинград: Из-во Ленинградского ун-та. –1975. – С. 73.

⁸⁴ Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву / Б. Виндшейд; ред. А. Д. Думашевский. – Санкт-Петербург: Типография Д. Думашевского, 1875. – С. 134.

оправданным⁸⁵. Если речь идет о молчании как акцепте, к таким случаям добавляются обычай и сложившиеся ранее деловые отношения сторон.

Поскольку в указанном отношении рассматриваемый вопрос является в достаточной степени изученным, представляется целесообразным привести лишь ряд примеров в российском праве. Так, указанный правовой режим распространен при автоматической пролонгации договоров аренды (пункт 2 статьи 621 Гражданского кодекса РФ), договоров энергоснабжения (пункт 2 статьи 540 Гражданского кодекса РФ), договоров срочного вклада (пункт 6 статьи 837 Гражданского кодекса РФ), договоров доверительного управления имуществом (пункт 2 статьи 1016 Гражданского кодекса РФ)⁸⁶. Также, молчание приводит к правовым последствиям, например, в случае незаявления возражений на покупку комиссионером имущества по цене выше согласованной комитентом (пункт 3 статьи 995 Гражданского кодекса РФ), с отдельными особенностями – в случае незаявления о недостатках при приемке выполненных работ в подряде (пункт 2 статьи 720 Гражданского кодекса РФ).

Концепция «нормированного» молчания – признание молчания лишь в установленных случаях выражением воли на совершение сделки (пункт 3 статьи 158 Гражданского кодекса РФ) или акцептом (пункт 2 статьи 438 Гражданского кодекса РФ) – действует также и в других правопорядках.

Говоря о немецкой доктрине, в комментарии к § 147 Германского гражданского уложения о сроке на акцепт Даннеман Г. и Шульц Р. утверждают, что молчание может рассматриваться как согласие только в определенных случаях⁸⁷. Мальцев Д.А. и Луговской И.К. подразделяют поименованные в немецком законе случаи признания молчания на три группы:

⁸⁵ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018. – С. 215. // СПС «КонсультантПлюс».

⁸⁶ Подобная пролонгация может применяться и к другим видам договоров, если это не противоречит их правовой природе, в силу уже обозначенной ранее статьи 158 Гражданского кодекса РФ. Для этого сторонам в момент заключения договора необходимо лишь включить условие о том, что по истечении срока воля на его изменение может выражаться молчанием – то есть молчанием будет совершаться распорядительная сделка (подробнее см. Репин Р.Р., Саркисян А.В. К вопросу о правовой природе автопродлонгации (самостоятельного продления) действия сделки // Закон. 2016. № 7. С. 127 – 141).

⁸⁷ Danneman G., Schulze R., Hrsg. German Civil Code: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Book 1 – 3: § 1 – 1296. München – Baden-Baden, 2020. P. 196 – 197.

первая – молчание признается волеизъявлением в собственном смысле, вторая – молчание влечет правовые последствия на основании закона независимо от знания сторон о характере такого молчания, третья – молчание не влечет правовых последствий⁸⁸. При этом, Федеральный верховный суд Германии сформировал две важные позиции. Во-первых, молчание в ответ на оферту, направленную по результатам предварительных переговоров по всем существенным условиям и соответствующую таким результатам, можно рассматривать как молчаливое принятие⁸⁹. Во-вторых, молчание в ответ на оферту можно рассматривать как молчаливое принятие в случае, если стороны однозначно ожидали заключения договора⁹⁰.

Французское право также исходит из взгляда на правовые последствия молчания как исключительной ситуации: так, статьей 1120 Гражданского кодекса Франции предусмотрено, что молчание не является согласием, только если иное не следует из закона (*de la loi*), обычаев (*des usages*), деловых отношений сторон (*des relations d'affaires*) или особых обстоятельств (*circonstances particulières*). Такое положение было включено в ходе реформы 2016 года, которая модифицировала современный кодекс разработками прецедентного права⁹¹, однако сама идея происходит из позиции Кассационного суда конца XIX века⁹². Франсуа С., комментируя нововведение, указывает, что в качестве *circonstances particulières*, по общему правилу, называются невозможность выразить акцепт и «исключительный интерес» молчащего в заключении договора⁹³.

⁸⁸ Мальцев Д.А., Луговской И.К. Молчание как сделочное волеизъявление // Вестник гражданского права. 2023. № 2. С. 81 – 111.

⁸⁹ См. BGH – Urteil vom 14.02.1995 (XI ZR 65/94) – NJW 1995, 1281.

⁹⁰ См. BGH – Urteil vom 02.11.1995 (X ZR 135/93) – NJW 1996, 919.

⁹¹ Ministère de la Justice. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance № 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. // Journal officiel de la République française. 2016. URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539?r=S5VeBIeR0k>.

⁹² См. Cour de Cassation, Chambre civile, du 25 mai 1870, Publié au bulletin // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952891/>.

⁹³ François C. Présentation des articles 1113 à 1122 de la nouvelle sous-section 2 «L'offre et l'acceptation». // La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1. URL: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect2-offre-acceptation/>.

Как можно заметить, и прецеденты, и в некоторых случаях акты гражданского законодательства предписывают молчанию свойства акцепта – фактически правопорядок констатирует наличие воли субъекта за самого субъекта в отсутствие прямо выраженной таковой воли, основываясь при этом на иных признаках.

Однако все вышеуказанное отсылает нас к проблеме квалификации молчания как согласия на вступление в правоотношение как таковое – волей на заключение сделки и (или) акцептом в целом.

При этом, если частью волеизъявления на заключение договора-сделки является договорное условие, допустимо было бы предположить, что молчание стороны при заключении договора на конкретных условиях может и также в отдельных случаях должно свидетельствовать о наличии какой-либо воли применительно как к таким условиям, так и к их отсутствию. В данном случае стороны и правоприменители сталкиваются с таким явлением как договорный пробел.

В практике нередко встречаются ситуации, когда условие договора, которое можно было бы истолковать для разрешения спора, отсутствует.

Отсутствие условия фактически можно рассматривать как следствие бездействия сторон договора по включению данного условия в объем соглашения – участники своим молчанием могли как не выразить волю на урегулирование конкретной ситуации, так и не прийти к согласованию конкретного содержания регулирующего положения. Однако, как было показано выше, и бездействие и молчание могут иметь за собой определенную волю субъектов. Применительно к обязательственным отношениям данная позиция соотносится с мнением Савиньи Ф.К., который выделял среди способов выражения воли как явный, так и подразумеваемый⁹⁴.

В данной проблематике, на первый взгляд, может показаться противоположной позиция Победоносцева К.П., который замечал, что

⁹⁴ Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Предисловие докт. юрид. наук, проф. В.Ф. Попондопуло. Перевод с немецкого В. Фукса и Н. Мандро. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 486.

«соглашение должно быть сознательное; каждая сторона должна знать, чего хочет: тайная мысль, тайная цель, тайное желание не могут входить юридически в состав договора»⁹⁵. Представляется, что профессором делался больший акцент на собственные внутренние побуждения участника правоотношения, а не на отсутствие его воли как таковой. В подтверждение этому можно привести, например, известность российскому гражданскому праву проблематики договорных пробелов еще во времена Гражданского уложения: так, отмечалось: «[за исключением согласия по существенным условиям] все остальные, т.е. свойственные этому договору последствия определяются, при отсутствии договорных по предмету постановлений, самим законом, однако как только какая-либо из сторон предложила включить какое-либо условие, то ему должно последовать обоюдное согласие»⁹⁶.

Правовое значение договорного пробела может быть выведено также из позиции Покровского И.А., который считал, что «с течением времени, однако, формализм ослабляется, и право начинает обращать большее внимание на внутреннюю сущность юридического акта, на подлинную волю контрагента. Там, где есть форма договора, но нет истинной воли обязаться, есть только видимость договора, но нет его подлинной сущности»⁹⁷.

Пробел в позитивном праве становился объектом многих доктринальных исследований, в ходе которых было предложено несколько подходов. Как отмечает Чауская О.А. с учетом позиции Иоффе О.С.⁹⁸, «под пробелом понимается неурегулированность конкретной нормой отношений, закрепленных общими нормами закона»⁹⁹. В развитие обозначенного ею понятия Романенко Д.И. с опорой на исследования Лазарева В.В.¹⁰⁰

⁹⁵ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. – М.: Статут, 2002. // СПС «КонсультантПлюс».

⁹⁶ Том первый Книга пятая Проекта Гражданского Уложения Российской Империи. С. 32.

⁹⁷ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – 8-е изд. – Москва : Статут, 2020. – С. 129.

⁹⁸ Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955.

⁹⁹ Чауская О.А. Применение норм гражданского права: вопросы теории и практики: дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 136 – 137.

¹⁰⁰ Лазарев В.В. справедливо утверждал, что «пробелом в позитивном праве является полное или частичное отсутствие правовых установлений (норм), необходимость которых обусловлена развитием социальной жизни и потребностями практического решения дел, основными принципами, политикой, смыслом и содержанием действующего законодательства, отвечающего правовым требованиям, а

подчеркивает, что при ином понимании «пробел в праве представляет собой полное отсутствие необходимого правового предписания, а не исключительно конкретной правовой нормы»¹⁰¹. В то же время, по мнению Бакина А.С., пробел в праве (законодательстве) является неполнотой юридической основы применения права¹⁰².

Проблематика сущности именно договорных пробелов в российской доктрине, напротив, является недостаточно теоретически разработанной. Однако учитывая в целом природу гражданско-правового договора как самостоятельной регулятивной системы отношений сторон договора (принимая во внимание обозначенную в параграфе 1.1 настоящего исследования концепцию юридической децентрализации Покровского И.А.), представляется возможным транслировать сущность пробела в праве как общего явления на пробелы в договоре как частного явления.

Аналогично вышеуказанной позиции о соотношении пробелов в праве и договоре, Байрамкулов А.К. справедливо определял в качестве пробела в договоре «условие, которое прямо не урегулировано соглашением сторон, но необходимо для исполнения договора»¹⁰³. Представляется, что данное общее определение в достаточной мере описывает суть рассматриваемого явления.

Вместе с тем оно может быть уточнено в свете приведенного анализа выше, в котором были затронуты вопросы наличия воли в бездействии как юридическом факте и производных от него случаев нормированного молчания. Так, в отличие от договорного условия, которое является результатом действия сторон по выражению своей воли в договоре, договорный пробел является результатом бездействия сторон по выражению своей воли в договоре.

также иными проявлениями права, вытекающими из природы вещей и отношений» (см. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974).

¹⁰¹ Романенко Д.И. Аналогия права (цивилистическое исследование): дисс. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2019. С. 66 – 67.

¹⁰² Бакин А.С. Субсидиарность в гражданском праве Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. Томск, 2014. С. 37.

¹⁰³ Байрамкулов А.К. Толкование договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2016. С. 158.

Иными словами, договорный пробел представляет собой отсутствие договорного условия, возникшее вследствие бездействия сторон по выражению их воли в договоре.

В иностранных источниках проблематике договорных пробелов уделено значительно больше внимания (исследованием занимались, например, Калевич Л.¹⁰⁴, Стробах Х.¹⁰⁵ и другие), в том числе в рамках распространенного вопроса об их восполнении. В связи с этим, значения, придаваемые в зарубежной доктрине договорным пробелам, будут рассмотрены в главе 2 настоящего исследования.

То, что упущено в договоре – сознательно или неосознанно, – может быть не менее важно, чем то, что в него включено. Пробелы или упущения в договоре – то, что в нем не сказано, – оставляют место для невидимых условий, которые, в свою очередь, могут привести к неожиданным результатам.

Причины возникновения пробелов в договоре могут быть различны, большинство из них лежит в плоскости общественной жизни и социально-экономической среды, в которой участники правоотношений действуют.

Во-первых, различия в правовых системах общего и континентального права в объемах законодательного регулирования заведомо предопределяют необходимость (или ее отсутствие) в значительном объеме включаемых в письменное соглашение условий. Участники, подчиняющие свое соглашение, например, немецкому или российскому праву, имеющим тенденции к большей урегулированности отношений на основании кодифицированных источников, имеют возможность ограничиться существенными и подлежащими согласованию условиями, оставляя за рамками те вопросы, которые нашли отражение в диспозитивных нормах. *Во-вторых*, участники правоотношений могут фактически не обладать возможностью или желанием тратить организационные и финансовые ресурсы на составление объемных договоров,

¹⁰⁴ Kalevitch L. Gaps in Contracts: A Critique of Consent Theory // The Montana Law Review. Vol. 54, No. 2, 1993, pp. 169 – 224.

¹⁰⁵ Strohbach H. Filling Gaps in Contracts // The American Journal of Comparative Law. Vol. 27, No. 2/3, pp. 479 – 487. URL: <https://www.jstor.org/stable/840048>.

учитывающих все возможные ситуации, которые могут возникнуть в процессе дальнейшего исполнения обязательств. *В-третьих*, способствующими возникновению пробелов факторами могут стать сжатые сроки – необходимость крайне оперативного заключения договора зачастую обусловлена внешними обстоятельствами, никак с волей сторон не связанными.

В то же время, в зарубежной литературе разработана теория «неизбежной неполноты договоров», приводящих теоретическое обоснование рассматриваемого явления: переговоры о согласовании условий – распределении рисков между сторонами – неизбежно влекут транзакционные издержки, в то время как наступление риска может является отдаленным и маловероятным. Стороны оставляют пробел в договоре, если затраты на распределение риска будут больше, чем затраты на распределение убытка, умноженные на вероятность его наступления. Если вероятность наступления риска мала, сторонам дешевле распределить убыток в момент его наступления, чем нести транзакционные издержки на этапе заключения¹⁰⁶.

Объективные причины возникновения пробелов, отнюдь, многочисленны настолько, насколько безмерной является социальная жизнь, в связи с чем их классификация представляется по меньшей мере затруднительной, и с научной точки зрения не столь важной, в отличие от субъективных намерений сторон, которые к ним приводят и о которых будет изложено далее.

На основе немецкой доктрины Байрамкулов А.К. проводил разделение договорных пробелов исходя из трех параметров: первый – значимость пробела (затрагивает ли он существо договора), второй – осознанность возникновения пробела (оставлен ли вопрос без внимания сторонами намеренно), третий – момент возникновения неурегулированного вопроса

¹⁰⁶ Unexpected Circumstances in European Contract Law / Hondius E., Grigoleit H.C. (eds.). Cambridge University Press, 2011. P. 50.

(имелся ли вопрос, требующий урегулирования, на момент заключения договора)¹⁰⁷.

Указанная классификация определенно имеет место. При этом, момент возникновения неурегулированного вопроса и субъективное восприятие его сторонами (осознанность возникновения), как представляется, связаны с волевым аспектом. Исходя из этого в контексте свободы воли сторон пробелы могут быть классифицированы исходя из внутренних предпосылок субъектов, участвующих в договорном отношении.

Так, по субъективному критерию договорные пробелы могут быть формально разделены на следующие группы.

Первая группа – квалифицированные (мнимые) договорные пробелы.

Стороны договора являются, по своей сути, регуляторами собственных правоотношений, создавая своим соглашением на основе автономии воли нормы права. В этом отношении правотворческая функция участников договорных отношений сравнима с функцией законодателя, безусловно, с рядом отличий: законодатель стремится создать императивное и диспозитивное регулирование на основе усредненной, потенциальной воли большинства участников, в то время как стороны договора создают правила поведения на основе своей воли для самих себя.

В проблематике пробелов в позитивном праве исследователи отмечают ряд умышленных искажений законодательства, одним из которых является «квалифицированное молчание законодателя»¹⁰⁸. Блещик А.В. понимает под этим термином ситуацию, «при которой законодатель сознательно оставляет

¹⁰⁷ Байрамкулов А.К. Толкование договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2016. С. 161 – 162.

¹⁰⁸ Данная категория достаточно известна российской правовой доктрине, ее изучением занимался, например, Лазарев В.В. (см. Лазарев В.В. Пробелы в праве (вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). Казань, 1969). На современном этапе понятие распространено и изучается в том числе в сфере гражданского процесса – Германовым А.В. (см. Германов А.В. Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 7. С. 2 – 5), в сфере уголовного права – Бектевой В.С. (см. Бектева В.С. Применение мер принуждения по уголовным делам, предварительное расследование по которым приостановлено // Актуальные проблемы российского права. 2023. № 8. С. 116 – 123), и других отраслях (см. Пробелы в праве в условиях цифровизации: сборник научных трудов / Д.Р. Алимова, С.А. Афанасьева, Л.Т. Бакулина и др.; под общ. ред. Д.А. Пашенцева, М.В. Залоило. М.: Инфотропик Медиа, 2022. 472 с.).

неурегулированными какие-либо общественные отношения»¹⁰⁹. Бакин А.С. указывает, что такая ситуация должна рассматриваться как «мнимый пробел»¹¹⁰.

Представляется, что с учетом указанной выше схожести сторон договора как своеобразных регуляторов и законодателя, допустимо рассматривать возможность сознательного оставления неурегулированными соглашением сторон каких-либо их отношений, возникающих в связи с исполнением договорных обязательств.

При этом было бы неверным исходить из предпосылки, что разумные и добросовестные стороны (коими изначально презюмируются все участники) сознательно оставили бы полностью неурегулированной какую-либо ситуацию, которая с очевидностью бы возникла при исполнении договора. Соответственно, намерения сторон в такой ситуации осознанно возлагаются ими в плоскость последствий, которые такие пробелы будут нести.

Таким образом, мы имеем возможность разделить квалифицированные – то есть сознательные договорные пробелы с учетом потенциальных намерений не урегулировавших отношение сторон на следующие дополнительные подгруппы.

1. Квалифицированные урегулированные пробелы.

Как будет показано в настоящем исследовании далее, отсутствие договорного условия может компенсироваться различными другими правилами – например, диспозитивными нормами или обычаями.

Если какие-либо объективные факторы приводят к невключению в договор соглашения сторон по конкретному вопросу, стороны вполне обоснованно могут ожидать и предполагать его урегулированность нормой применимого к их правоотношениям закона. Учитывая презумпцию

¹⁰⁹ Блещик А.В. Выявление искажений в законодательстве и коммуникативный подход к праву: опыты правовой экспертизы нормативных актов // Российский юридический журнал. 2021. № 2. С. 101 – 114.

¹¹⁰ Бакин А.С. Субсидиарность в гражданском праве Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. Томск, 2014. С. 38.

осведомленности участников о регулировании правоотношений¹¹¹, такие договорные пробелы должны считаться сознательными, и стороны абсолютно сознательно не исключают применение диспозитивной нормы своим соглашением.

Таким образом, разумно было бы рассматривать квалифицированный урегулированный пробел как условие, осознанно не урегулированное соглашением сторон, но в отношении которого стороны намеревались применить диспозитивную норму закона или обычай.

2. Квалифицированные неурегулированные пробелы.

Насколько обоснованной можно представить ситуацию с оставлением вопроса на его регулирование диспозитивными нормами закона, настолько же резонно можно представить и ситуацию с полностью осознанным пробелом в отсутствие соответствующего законного регулирования.

Как и в ситуации с квалифицированными урегулированными пробелами, стороны могли бы включить условие в текст договора, однако сознательно не стали этого делать.

Приведем следующий пример¹¹². Коммерческие организации вступили в отношения купли-продажи или поставки непродовольственных товаров и согласовали положение, по которому продавец (поставщик) предоставляет покупателю скидку (премию) в зависимости от количества приобретенного товара. Однако предельный размер такой скидки в договоре не указали. Соответствующая норма, которая регламентировала бы максимальный размер скидки (премии) в отношении непродовольственных товаров отсутствует¹¹³.

¹¹¹ Говоря о диспозитивных нормах, Брагинский М.И. и Витрянский В.В. отмечают, что они «основаны на презумпции: зная о предоставленной им законодателем возможности самим выбрать любой вариант, контрагенты сознательно остановились именно на том, который предложен в качестве запасного диспозитивной нормой» (см. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереотипное. М.: Статут, 2001. Кн. 1. 848 с.).

¹¹² Пример основан на случае из судебной практики, см. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.07.2020 по делу № А45-35627/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹³ В отличие от купли-продажи продовольственных товаров – см. часть 5 статьи 9 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ» // СПС «КонсультантПлюс».

Можно ли в таком примере говорить о том, что у сторон была воля на неограниченный размер премии (либо, формулируя иначе, у сторон не было воли на ограничение размера премии)? Такое мнение вполне допустимо, поскольку как для продавца, стимулирующего тем самым спрос на покупку товара именно у него, так и для покупателя, уменьшающего тем самым расходы на закупку, были вполне обоснованные экономические выгоды от неурегулированности предельной скидки (премии).

Можно ли в таком примере говорить о том, что пробел возник сознательно? Поскольку применимые законодательные нормы, регулирующие размер скидки (премии), не установлены, исключать сторонам соответственно нечего. В то же время правопорядок не обязывает стороны перечислять в договоре все те вопросы, на которые у них не было воли – в противном случае объем договоров достигал бы немыслимых масштабов. В связи с этим, стороны вполне осознанно могли не урегулировать предельную скидку (премию).

С учетом этого, квалифицированным неурегулированным пробелом следует считать условие, осознанно не урегулированное ни соглашением сторон, ни другими источниками регулирования, и в отношении которого стороны не намеревались применить какой-либо источник регулирования.

Вторая группа – случайные договорные пробелы.

Объективные обстоятельства могут порождать также и не осознанные сторонами упущения – когда по тем или иным причинам в объем соглашения не попадают отдельные вопросы.

В вышеуказанном примере с премией (скидкой) также вполне обоснованно можно предположить, что условие могло быть не урегулировано случайно, хотя для сторон воля по этому вопросу могла иметься. Например, если при определенной партии товара расчет скидки (премии) мог теоретически составить 100%, цель договора, по крайней мере для продавца, была бы упущена.

Данное суждение определенно должно приводить нас к имманентной роли такого свойства как «разумность» в контексте наличия воли при заключении договора. Разумность участников гражданского оборота становилась предметом многих научных работ, и наиболее оптимальная ее характеристика была сделана Коноваловым А.В., по мнению которого «разумность правового поведения может быть определена как стремление субъекта правопорядка к максимально безупречному участию в социальных взаимодействиях за счет: – рассудительности и рациональности решений и действий с использованием собственного опыта и общедоступного общественного опыта, [...]; – соизмерения намерений с собственными возможностями и внешними обстоятельствами; – четкого представления всех ожидаемых при обычном развитии событий последствий тех или иных решений и действий»¹¹⁴.

При наложении указанной позиции о разумности участников на призму договорных отношений можно сделать вывод о том, что свободные разумные стороны в процессе заключения договора обладают внутренней волей на определенное регулирование любого вопроса, связанного с конкретным договорным отношением.

Однако и здесь следует провести разграничение.

1. *Случайные изначальные пробелы.*

Исходя из двух обозначенных предпосылок (презумпции осведомленности о диспозитивных нормах и презумпции воли разумных участников на регулирование необходимых вопросов), может быть выделен третий вид пробелов – случайные изначальные пробелы.

Если вопрос упущен сторонами в соглашении неосознанно, допустимо презюмировать наличие у них воли на определенное его регулирование, которое может не совпадать с диспозитивной нормой или обычаем.

¹¹⁴ Коновалов А.В. Принцип разумности в гражданском праве // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 8. С. 11 – 21.

То есть, при заключении договора купли-продажи из примера выше, если бы стороны случайно упустили вопрос об установлении предельного размера скидки (премии), тем не менее они все равно обладали внутренней собственной волей на его установление или неустановление.

В противном случае, их поведение не соответствовало бы критерию разумности, что противоречило бы действующей презумпции, либо отсутствие их внутренней воли было обусловлено отсутствием на момент заключения соответствующих обстоятельств, из которых они могли бы даже гипотетически исходить¹¹⁵.

Таким образом, случайный изначальный пробел – условие, неосознанно не урегулированное соглашением сторон, но в отношении которого у сторон могла быть воля на его регулирование в силу наличия определенных обстоятельств, в которых находились стороны в момент заключения договора.

2. Случайные последующие пробелы.

Однако можно ли представить обратную ситуацию, при которой отсутствие воли все же соответствовало бы критерию разумности? Представляется, что можно.

Презумпция воли разумных участников на регулирование необходимых для надлежащего исполнения договора вопросов, исходя из формальной логики, должна действовать до тех пор, пока стороны знают о таких необходимых вопросах.

Так, при существенном изменении обстоятельств, согласно устоявшейся доктрине, они (а соответственно и необходимые для исполнения вопросы) изменяются настолько, что если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях.

Соответственно, в данном случае стороны при заключении договора неосознанно упускают определенные вопросы, однако их воля на их

¹¹⁵ Возможная индифферентность сторон по отношению к регулированию договорного отношения будет рассмотрена в параграфе 1.3 настоящего исследования.

урегулирование также отсутствует, поскольку они разумно не исходят из всей совокупности потенциальных существенных изменений обстоятельств, в которых они будут исполнять договор.

Таким образом, возникающий в такой ситуации пробел может быть обозначен как случайный последующий пробел, то есть условие, неосознанно не урегулированное соглашением сторон, но в отношении которого у сторон не могло быть воли на их регулирование в силу отсутствия определенных обстоятельств на момент заключения договора.

Вышеперечисленные выявленные виды договорных пробелов исходя из субъективного (волевого) критерия и степени осознанности их возникновения могут быть сведены в матрицу договорных пробелов (см. *Приложение 1 – таблица 1. Таблице договорных пробелов по субъективному критерию*).

Таким образом, следует согласиться с разработанным в теории определением договорного пробела, согласно которому им является условие, которое прямо не урегулировано соглашением сторон, но необходимо для исполнения договора.

Договорные пробелы как волевой феномен являются результатом сознательного либо неосознанного упущения условия в соглашении сторон – формой отрицательного волеизъявления, которое может тем не менее иметь под собой какие-либо намерения сторон.

Содержание таких намерений может составлять как волю на урегулирование отношения диспозитивными нормами либо обычаями, либо (в их отсутствие) каким-либо иным образом в зависимости от субъективного восприятия сторонами возникновения пробела (их осознанности либо неосознанности на момент вступления в договорные отношения).

В то же время, действующая презумпция разумности также позволяет типологизировать выделяемые в доктрине изначальные и последующие пробелы исходя из наличия или отсутствия воли сторон на момент заключения договора.

1.3. Установление содержания прямо не выраженной воли сторон

Договорные пробелы являются известным договорной теории феноменом, хотя и не в полной мере изученным. В настоящем исследовании будут показаны способы преодоления таких упущений соглашающихся сторон, однако прежде целесообразно обратиться к вопросу о принципиальной возможности установить упущенную волю *post factum*.

В параграфе 1.1 настоящего исследования был сделан вывод о том, что соглашение является результатом взаимного, обоюдного совпадения воли сторон договора. Результатом процесса выбора сторонами модели поведения в гражданско-правовом отношении, выбора прав и обязанностей, их содержания. Также был выдвинут и обоснован тезис, согласно которому допустимость договорных отношений находится в зависимости от присущей человеку автономии воли.

Если договорное условие является результатом свободного выбора как было показано в параграфе 1.1 настоящего исследования, а договорный пробел может считаться своего рода отрицательным актом невключения выбора в соглашение как было показано в параграфе 1.2 настоящего исследования, означает ли это, что содержание упущенного выбора является обстоятельством, которое может быть выявлено впоследствии?

Такая принципиальная возможность располагается в несколько иной плоскости и основана прежде всего на понимании социально-биологической природы человеческого сознания и свободы выбора как неотъемлемой его составляющей.

Классические воззрения на отсутствие свободы воли основаны на идеях детерминизма. Вне зависимости от его формы – теологической, причинной или какой-либо иной – приверженцы такого подхода убеждены в предопределенности явлений и процессов, в том числе окружающих человека. В такой парадигме человеческий выбор не является свободным, поведение – не может быть альтернативным.

Философия нового времени и ее видные деятели, такие как Гоббс Т., Локк Дж. и Юм Д., осуществили попытку совмещения детерминистских идей с категорией свободы воли в новой позиции – классическом компатибилизме. Гоббс Т. отмечал, что «свободный человек – тот, кому ничто не препятствует делать желаемое, поскольку он по своим физическим и умственным способностям в состоянии это сделать»¹¹⁶. Локк Дж. обосновал идею о том, что свобода имеет естественную форму происхождения¹¹⁷. Данные идеи приводились в отечественной литературе, например, Третьяковым И.Е.¹¹⁸

Современная философия, в свою очередь, посвящает данной тематике немало трудов, и такие ученые как Гаджикурбанов А.Г.¹¹⁹ и Секацкая М.А.¹²⁰ проводят значительный анализ в данной области.

В настоящем же исследовании предлагается сделать больший акцент в пользу влияния компатибилизма на выбор модели договорного поведения.

Компатибилист Шопенгауэр А. рассматривал категорию свободы воли с позиции противостояния мотивов, отвечая на вопрос: если внутренне, морально действия человека определяются победившим мотивом (что неизбежно ведет к субъективному принуждению), свободна ли сама воля, свободно ли само хотение человека?

Вывод, к которому он пришел, зачастую упоминается как классический ответ данной концепции на проблематику свободы воли: «человек может делать то, что он желает, но не может желать, что ему желать». По мнению Шопенгауэра А., детерминированными являются не действия человека в принципе, а его желания так или иначе детерминируются характером – индивидуальным, эмпирическим, постоянным и врожденным. Этого же

¹¹⁶ Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. Соч. В 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1991. С. 163.

¹¹⁷ Локк Дж. Два трактата о правлении. Соч. В 3-х т. Т. 3. М.: Мысль, 1988. С. 142.

¹¹⁸ Третьяков И.Е. К вопросу об определении правового статуса осужденных к содержанию в новых видах исправительных учреждений // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2012. № 6. С. 27 – 29.

¹¹⁹ Гаджикурбанов А.Г. Компатибилизм в прошлом: стоики Спиноза // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2020. № 2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/kompatibilizm-v-proshlom-stoiki-spinoza>.

¹²⁰ Секацкая М.А. Моральные аспекты компатибилизма // Философский журнал. 2022. № 3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/moralnye-aspekty-kompatibilizma>.

мнения придерживаются и другие исследователи, утверждая, что Шопенгауэр А. говорит не о предопределении воли, а о врожденности характера, что, в свою очередь, представляет понятие свободы воли в его философии фактически фиктивным¹²¹.

Стоит согласиться, что если природа внутреннего мотива (побуждения) предопределена, а действия людьми совершаются исходя из собственных мотивов, идея о свободе действий вызывает сомнения.

Идеи компатибилиста Юма Д., крайне подробно проанализированные, например, Васильевым В.¹²², можно довольно грубо свести к тезису о том, что свобода воли с точки зрения компатибилизма не подразумевает возможности сделать иной выбор в идентичной ситуации.

Таким образом, компатибилизм исходит из следующих предпосылок:

- человек свободен в выборе своей модели поведения на основе внутренних желаний (мотивов, побуждений);
- внутренние желания (мотивы, побуждения) человека в момент выбора им модели поведения определяются бессознательными факторами (сформированными характером, опытом и т.д.).

Как справедливо отмечал Норт Д., «в явном или скрытом виде все теоретические исследования в области социальных наук опираются на некоторые концепции человеческого поведения»¹²³.

В свою очередь, и понятие воли тесно связано с категорией поведения. Ойгензихт В.А. рассматривает волю как психологический регулятивный процесс¹²⁴. Как справедливо отметил Курмашев Н.В., Ойгензихт В.А. отрицал возможность формирования какого-либо правового, отличного от психологического понятия «воля»; однако в своих попытках подтвердить справедливость данного тезиса ученый шел не по пути детального

¹²¹ Штарк Е.В. О феномене свободы воли в немецкой философии // Вестник КГПУ им. В.П. Астафьева. 2014. № 4 (30). С. 3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-fenomene-svobody-voli-v-nemetskoj-filosofii>.

¹²² Васильев В. Два тупика инкомпатибилизма // Философско-литературный журнал «Логос». 2016. № 5 (114). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dva-tupika-inkompatibilizma>.

¹²³ Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. М., 1997. С. 34.

¹²⁴ Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление // Очерки теории, философии и психологии права / Академия наук Таджикской ССР. Душанбе: Изд-во «Дониш», 1963. С. 16.

рассмотрения применимости психологического понимания воли к различным институтам гражданского права, а по пути общих рассуждений, основанных зачастую на учении марксизма-ленинизма, что было малоубедительным¹²⁵.

Панов А.А. условно разделяет такой регулятивный процесс на две стадии – этап формирования воли и этап принятия решения, причем он же представляет процесс формирования воли у лица, совершающего сделку, следующим образом: 1) формирование воли начинается с мотивации – осознания потребностей, формирования желаний и намерений; 2) затем лицо мотивированно ставит перед собой цели; 3) вырабатывает возможные пути достижения этих целей; 4) происходит «борьба мотивов» и «обсуждение способов достижения цели»; 5) в результате принимается решение¹²⁶.

Гримм Д.Д. полагает, что решение не составляет необходимого составного элемента всех волевых актов, а встречается только в тех случаях, где данному волевому акту предшествует так называемая борьба мотивов – решение знаменует в таких случаях торжество одного из мотивов. Под мотивами же он понимает все те сочетания представлений и чувств, все те соображения, под влиянием которых мы избираем, во-первых, данный конечный результат из числа нескольких возможных и, во-вторых, данные специальные средства для его достижения, данные объекты¹²⁷.

Красавчиков О.А. утверждает, что любое поведение является волевым, и что субъекты способны сформировать отношение к своему поведению через формулирование воли¹²⁸. По мнению ранее упомянутого Ойгензихта В.А., право может воздействовать на общественные отношения только через волю участников, придавая им таким образом характер правовых¹²⁹. Братусь С.Н.

¹²⁵ Курмашев Н.В. Учение о воле в юридической сделке в советской и современной российской цивилистической науке // Вестник гражданского права, 2007, № 1.

¹²⁶ Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. № 1. С. 52 – 81.

¹²⁷ Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Т. I. СПб., 1900. С. 228.

¹²⁸ Красавчиков О.А. Структура предмета гражданско-правового регулирования социалистических общественных отношений // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института. Вып. 13. Свердловск, 1970. С. 10.

¹²⁹ Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление // Очерки теории, философии и психологии права) / Академия наук Таджикской ССР. Душанбе: Изд-во «Дониш», 1963. С. 113.

полагал, что «отношения являются результатом волевых актов людей и не могут быть оторваны от поведения»¹³⁰.

В том числе такие исследования позволили на современном этапе Зайцевой Н.В. сформировать концепцию субъективного фактора в частноправовых отношениях, который «представляет собой систему неразрывных и взаимозависимых когнитивных и психоэмоциональных процессов, происходящих в сознании физического лица и отражающихся в его динамически изменчивом и юридически значимом поведении»¹³¹.

Результаты нейробиологических исследований в последнее время начинают активнее упоминаться в контексте юридической науки – как в отечественной литературе, так и в западноевропейской – и подтверждают вышеприведенные выводы и сформированную доктрину.

Зачастую в таком ключе упоминание получает эксперимент Либета Б.¹³² и других ученых, изучающих функционирование мозга¹³³, которые обнаружили, что потенциал готовности к действию, представляющий собой бессознательную нейронную активность, предшествует сознательному решению. Результаты исследований сводятся к тому, что окончательное решение принимается за 1 – 2 секунды до того, как это решение будет осознано и у человека появится желание выполнить действие.

Хиллута В.В. в свете таких разработок подчеркивает, что «последние открытия в области функционирования мозга указывают на то, что человек не свободен в своем самоопределении, он действует несвободно, поскольку подчинен своему бессознательному. В этом отношении свобода воли относительна и не формирует наши действия»¹³⁴.

¹³⁰ Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1963. С. 19.

¹³¹ Зайцева Н.В. Формирование концепции субъективного фактора в частноправовых отношениях в законодательстве России и зарубежных государств: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2023. С. 18 – 19.

¹³² Libet B. Unconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain // *Progress in Neurobiology*. No. 78. 2006. pp. 543 – 550; Libet B. *Mind time: The temporal factor in consciousness (Perspectives in Cognitive Neuroscience)*. Harvard University Press, 2004.

¹³³ Wegner D.M. *The Illusion of Conscious Will* // Cambridge, MA: MIT Press, 2002; Mlodinow L. *Subliminal: How Your Unconscious Mind Rules Your Behavior* // New York: Pantheon Books, 2012.

¹³⁴ Хиллута В.В. Нейробиология и свобода воли в уголовном праве // *Актуальные проблемы российского права*. 2022. № 5. С. 134 – 148.

Данные рассуждения и результаты согласуются с гипотезой компатибилистов, обозначенной выше. Для настоящего же исследования их важность заключается в следующем.

Если мы принимаем данную гипотезу за истину (что с учетом появляющихся в сфере нейробиологии подтверждений представляется возможным), она может быть переложена на плоскость воли в процессе заключения договора.

Так, если в ситуации возможно два альтернативных варианта регулирования вопроса (оно же – договорного поведения), которые в результате согласования сторонами могут стать договорным условием, в момент заключения договора для сторон один из таких вариантов в любом случае станет превалирующим и будет выбран.

Иными словами, в момент заключения договора в случае наличия двух альтернативных вариантов возможного условия один из них станет предпочтительным и будет выбран в качестве договорного условия на основании определенных факторов.

Попробуем отразить данный тезис на примере.

Представим, что между двумя лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, планируется к заключению договор купли-продажи. Стороны пришли к соглашению по всем существенным условиям, и согласованию подлежит лишь вопрос о форме расчетов в российских рублях – наличной или безналичной.

Обе формы расчетов разрешены законодательством, зачастую используются в коммерческой практике и никак не повлияют на предмет договора и встречное предоставление. На первый взгляд, оба варианта являются альтернативными и могут быть в равной степени выбраны сторонами.

Но предположим, что у покупателя по какой-либо причине не открыт расчетный счет в кредитном учреждении. Либо в отношении банка продавца незадолго до сделки была введена процедура банкротства, и последний,

лишившись активов, внес в свои локальные комплаенсные документы использование безналичных расчетов как «высокий» риск-фактор.

В таких случаях варианты уже не будут столь равнозначными – наличный расчет станет очевидным выбором в имеющихся на момент заключения договора обстоятельствах.

Допустимо предположить и обратную ситуацию, когда сторонам на основе того или иного жизненного или коммерческого опыта безналичный расчет будет более приоритетным.

Таким образом, для каждой из сторон в зависимости от индивидуальных обстоятельств какая-либо из форм будет предпочтительнее другой.

Означает ли это, что при выборе договорной модели поведения выбор сторон не свободен? Отнюдь нет. Свобода выбора в данном случае будет проявляться в наличии нескольких вариантов поведения, и при свободном волеизъявлении стороны будут придерживаться одного из таких вариантов.

Более того, в приведенном примере, даже если превалирующие варианты для каждой из сторон не обратны или не совместимы, каждая из них, согласно принципу свободы договора, может отказаться от заключения. Здесь, аналогично приведенному в параграфе 1.2 настоящего исследования «принципу неизбежной неполноты» договора, исход будет зависеть от противовеса издержек и рисков. Если для стороны, настаивающей на безналичном расчете, издержки и возможные потери в прибыли от незаключения договора окажутся значительно больше потенциальных негативных последствий от принятия позиции другой стороны, выбор будет сделан в пользу противоположного варианта (наличного).

Это же согласуется и с теорией рационального выбора (*rational choice theory*), о которой пишет, например, Карапетов А.Г.: «в самом общем виде согласно данной теории человек преимущественно ведет себя рационально и стремится максимизировать реализацию своих собственных целей и предпочтений, выбирая между различными поведенческими альтернативами

ту, которая позволяет добиться реализации своих предпочтений в большей степени и с меньшими издержками или усилиями»¹³⁵.

Соответственно, это также может быть гипотетически выявлено при наличии релевантных сведений и выбора правильных оцениваемых факторов.

Рассмотрим подробнее такие потенциальные факторы.

Компатибилисты говорили о важной роли бессознательного, влияющего на выбор человека, как совокупности индивидуального характера, эмпирического опыта и других факторов.

В то время как это предположение представляется разумным и в какой-то степени в данный период научного развития подтверждается нейробиологическими исследованиями, оно относимо в бóльшей степени к физическим лицам.

В западной юридической литературе высказывалось следующее: признание нашей способности выбирать совместимо с тем, что полное причинное объяснение нашего поведения в принципе возможно; хотя наши нынешние знания о человеческом поведении весьма ограничены, мы часто можем предсказать, как поступит хорошо знакомый нам друг, и не думать, что, когда наше предсказание окажется точным, наш друг не сделал реального выбора. Комментируя такое предположение, Алькес П. утверждал: «причина, по которой вы можете предсказать "выбор" вашего друга, заключается в том, что вы измеряете механические силы, действующие на вашего друга, в той мере, в какой вы имеете к ним доступ»¹³⁶.

Представляется, что в гражданско-правовом аспекте, в предпринимательской практике и деятельности юридических лиц такими механическими силами являются внешние релевантные выбору модели поведения факторы¹³⁷. Они же аналогичны тем бессознательным факторам, о

¹³⁵ Карапетов А.Г. Экономический анализ права / А.Г. Карапетов. Москва: Статут, 2016. С. 42.

¹³⁶ Alces P. *Trialectic: The Confluence of law, Neuroscience, and Morality*. The University of Chicago Press. London. 2023. P. 91.

¹³⁷ Проблематика воли юридического лица как искусственного субъекта права неоднократно поднималась в доктрине (в советский период – см. Вольф В.Ю. Основы учения о товариществах и акционерных обществах. М., 1927. С. 125 – 126; на современном этапе – см. Козлова Н.В. Гражданско-правовой статус органов юридического лица // Хозяйство и право. 2004. № 8. С. 49 – 50). В рассматриваемой

которых говорили компатибилисты в отношении человеческого выбора. О таких же механических силах, то есть обстоятельствах внешней действительности, речь шла в примере выше.

Внутренние факторы. Поскольку договор представляет собой в том числе гражданское правоотношение, разумно было бы предположить, что влияющие на выбор модели поведения сторон факторы тесно взаимосвязаны с элементами такого правоотношения. В связи с этим, допустимо говорить о следующих:

1. Обстоятельства, связанные с субъектами правоотношения.

Такие обстоятельства связаны непосредственно с индивидуальными характеристиками и деятельностью договаривающихся сторон (например, их организационно-правовая форма, осуществляемые виды экономической деятельности, коммерческий опыт, показатели финансово-хозяйственной деятельности и т.д.).

Очевидно, что выбор условий гражданско-правового договора будет в какой-то степени различным между покупателем – индивидуальным предпринимателем и покупателем – бюджетным учреждением. Либо, как в примере выше, между стороной, пользующейся услугами кредитных учреждений, и стороной, не имеющей расчетного счета в банке.

2. Обстоятельства, связанные с объектом правоотношения.

Похожее значение имеют и обстоятельства, касающиеся предмета сделки. Объекты, в отношении которых складывается гражданский оборот, безусловно имеют различную материальную и нематериальную ценность для сторон.

При выборе модели договорного поведения стороны не могут не учитывать такой объект, и выбирают условия в том числе соответственно

проблематике целесообразно согласиться с мнением Курмашева Н.В.: «Но если по отношению к физическим лицам, составляющим органы юридического лица, теоретически применима психологическая теория воли, то в отношении самого юридического лица она неприемлема» (Курмашев Н.В. Учение о воле в юридической сделке в советской и современной российской цивилистической науке // Вестник гражданского права, 2007, № 1). В связи с этим, в настоящем исследовании производится разделение факторов, влияющих на выбор договорной модели поведения между субъектами – физическими и юридическими лицами.

объекту, по которому заключается договор. Сюда же может быть отнесена и цель, и основа сделки.

Различия наиболее видны в разнородных объектах: условия договора будут различаться в отношении, например, поставки партии канцелярских принадлежностей и разработки сложного технического программного обеспечения. Однако и однородные, по существу, объекты могут иметь различную ценность для сторон: условия купли-продажи индивидуально определенной картины известного художника непременно будут отличаться от договора купли-продажи ее реплики.

3. Обстоятельства, связанные со структурой правоотношения.

Поскольку третьим элементом гражданского правоотношения является его содержание – круг прав и обязанностей сторон (о выборе которых и идет речь), в отношении влияющих на выбор обстоятельств уместно было бы говорить о структуре правоотношения.

Сложноструктурированные сделки предполагают ряд корреспондирующих прав и обязанностей, в отдельных случаях, например, – поэтапность исполнения, порядок приема результата, внешнее финансирование и т.д.

Структура сделки зачастую имеет крайне важное значение для договаривающихся сторон, и планируемые к исполнению действия могут иметь решающую роль, даже более весомую, чем личность контрагента (субъект) или предмет соглашения (объект). Иногда это может быть связано, например, с соотношением издержек-рисков. Допустимо представить ситуацию, при которой подрядчик, закупая материалы для строительства, примет решение в пользу поставщика, предлагающего простую структуру сделки (например, без импорта материалов из-за рубежа), даже если иностранный поставщик более опытный или его материалы более качественные (в необходимых по спецификации пределах).

Внешние факторы. Никакие договоры не заключаются в вакууме, без учета внешних обстоятельств. Контекст, окружающий процесс заключения

договора, также подлежит учету при выборе договорного поведения и состоит в том числе из следующих групп обстоятельств:

4. Социально-экономические обстоятельства.

Уровень социально-экономического развития, включая развитие экономики, производственных сил, науки, образования, культуры, качества и уровня жизни общества и местности, в которой стороны заключают договор, влияет на выбор договорных условий.

5. Нормативно-регуляторная среда.

Любой договор заключается в рамках сложившегося на момент заключения правового поля. Регуляторные ограничения, состав и содержание императивных норм, действующее понимание публичного порядка варьирует усмотрение сторон при выборе договорного поведения.

При этом, нормативные акты могут регулировать не только отношения, связанные непосредственно с договором, но и окружающий внутренние факторы контекст: от налогового бремени в отношении участников отдельной деятельности до вывода определенных объектов из гражданского оборота.

6. Геополитические риски.

В период с 2020 по 2022 год субъекты гражданско-правовых отношений непосредственно оценили влияние таких обстоятельств на своих уже заключенных и планируемых к заключению договоров.

В такой связи договорные условия претерпевают существенные изменения, участникам правоотношений приходится совершенствовать, например, выработанные защитные механизмы, в связи с чем внешние обстоятельства оказывают если не прямое, то значительное косвенное влияние, причем как на договоры в сфере внешнеэкономической деятельности, так и внутренней.

Здесь же кратко следует затронуть вопрос о возможности ситуации, при которой две или несколько моделей поведения имели бы одинаковое значение, а соответственно выбор между которыми для стороны был бы равнозначным.

Представляется, что такая ситуация скорее невозможна. Согласно Шопенгауэру А., в свободе воли внутренний мотив всегда «может быть превзойден каким-нибудь более сильным противоположным мотивом»¹³⁸.

Единственным приближенным к рассматриваемому вопросу гражданско-правовым механизмом можно было бы назвать наличие возможности сторон предусмотреть альтернативные (*duae res, vel plures, sunt in obligatione, una autem in solutione* – «два или несколько предметов в обязательстве, но один – в исполнении») обязательства. В доктрине отмечается, что категория альтернативности в обязательственном праве является универсальной и может касаться не только характера самого предоставления или содержания организационной обязанности, но и тех или иных модусов исполнения обязательства (например, способа, места или времени осуществления оговоренного предоставления)¹³⁹. В связи с этим, альтернативность обязательства могла бы быть применима к любым договорным условиям, а значит – к выбору договорной модели поведения.

Однако, правопорядок исходит из ретроактивного действия сделанного в процессе исполнения выбора: выбранное альтернативное обязательство перестает быть альтернативным и считается, что оно состояло из выбранного действия (воздержания от действия) с момента его возникновения¹⁴⁰. Кулаков В.В. также отмечал: «множественные объекты наблюдаются и в альтернативных обязательствах, однако отсутствие выбора предмета исполнения, которое по общему правилу осуществляется должником, формально означает отсутствие обязательства, что, по сути, игнорирует ранее согласованную волю сторон на осуществление экономического обмена»¹⁴¹.

¹³⁸ Шопенгауэр А. Собрание сочинений: в 6 т. Т. 3: Малые философские сочинения / Пер. с нем.; Общ. ред. и сост. А. Чанышева. – М.: ТЕРРА – Книжный клуб; Республика, 2001. – С. 305.

¹³⁹ Исполнение и прекращение обязательства: комментарий к статьям 307 – 328 и 407 – 419 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.О. Батищев, А.А. Громов, А.Г. Карапетов и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2022. 1496 с. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴⁰ См. пункт 43 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса РФ об обязательствах и их исполнении» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴¹ Кулаков В.В. Сложные обязательства в гражданском праве: дисс. ... докт. юрид. наук. Москва, 2011. С. 4.

Альтернативные обязательства позволяют расширить горизонт учета внутренних и внешних факторов для должника вплоть до момента исполнения, однако сам факт выбора того или иного варианта уже свидетельствует об отсутствии их равнозначности. Таким образом, даже не затрагивая вопрос о практической распространенности данного механизма, представляется, что возможность альтернативного обязательства не опровергает гипотезу превалирующего выбора.

Вышеприведенные тезисы и предложенные факторы направлены на обоснование гипотезы о наличии в момент заключения договора (в момент выбора) превалирующей, более выгодной, а соответственно – предпочтительной для стороны или всех сторон модели поведения.

Важность данного вывода заключается в том, что при наличии потенциального более предпочтительного для сторон варианта в момент заключения договора такой вариант, если он не был прямо отражен в волеизъявлении, теоретически может быть реконструирован впоследствии – как будет показано далее.

В параграфе 1.2 настоящего исследования был приведен пример с отрицательным актом волеизъявления посредством молчания: призванное к наследованию лицо может отказаться от наследования как посредством конкретного активного юридического акта (действия) – подачи заявления об отказе от наследства, так и посредством фактического бездействия – непринятия наследства.

Если мысленно поставить себя на место правоприменителя после истечения срока принятия наследства, в этом же примере можно предположить волю призванного лица. Если призванному лицу было известно о факте смерти наследодателя, известен круг других наследников – и он не принял наследство – вполне разумно было бы предположить, что в отсутствие экстраординарных обстоятельств, его воля скорее всего заключалась в отказе, и более того – в конкретном отказе в пользу конкретных лиц.

Пример с наследованием не только показателен, но и относим к рассматриваемой теме, поскольку и в российском правовом поле¹⁴², и в западном¹⁴³ активно обсуждается вопрос о месте «восполнения» завещания в случае пробела или недосказанности явно выраженного текста. В обоих случаях исследователи приходят к выводу о допустимости реконструкции воли умершего лица в момент составления завещания на основе внешних доказательств, даже при том, что для ситуации завещания (в отличие от договора) вероятность ошибки более велика – хотя бы по причине невозможности узнать мнение волеизъявлявшего лица.

Термин «гипотетическая воля» не является новым и известен современным российским юристам также в контексте подразумеваемых соглашений о применимом праве – о чем пишет, например, Новикова Т.В.¹⁴⁴

Гипотетическая воля сторон в процессе правоприменения проявляется в том числе в субъективном аспекте: та воля, которая при соответствующих обстоятельствах соответствовала бы намерениям конкретного лица.

Гипотетическая воля стороны договора при договорном пробеле может быть установлена на основе оценки и анализа внутренних и внешних факторов, обозначенных выше. При достаточном объеме информации о таких обстоятельствах сторонний наблюдатель (правоприменитель, суд) может сделать в достаточной степени достоверное предположение о том, какой выбор сделала бы сторона, какую волю она бы имела на регулирование того или иного вопроса.

Оценка *внутренних факторов* (обстоятельств, связанных со сторонами, предметом и структурой договора) может производиться на основе внешних доказательств по аналогии с реконструкцией истинной воли сторон при толковании неясных условий.

¹⁴² Швайка А.Е. Обоснование субъективного подхода и допустимости внешних доказательств при толковании завещаний // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 9. С. 45 – 91.

¹⁴³ Parry D.H., Kerridge R. The Law of Succession. 12th ed. London, 2009. P. 239.

¹⁴⁴ Новикова Т.В. Подразумеваемые соглашения о применимом праве: обзор судебной и арбитражной практики // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2019. № 5. С. 39 – 49.

Так, если буквальное и системное толкование условий договора оказались не результативными, гражданское законодательство предписывает выяснять действительную общую волю сторон с учетом цели договора: при этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи, последующее поведение сторон.

Поскольку в случае договорных пробелов буквальное и системное толкование условия не применимы (в связи с его отсутствием), анализ внешних по отношению к тексту договора источников информации (обычаев оборота, преддоговорной переписки и переговоров, сложившейся практики взаимоотношений сторон и т.п.), оцениваемых с учетом целей конкретного договора, могут позволить суду реконструировать наиболее вероятную волю сторон. При этом, в отличие от методики толкования прямо выраженного условия, следует указать на недопустимость учета «последующего поведения сторон». В ситуации договорного пробела сторонний наблюдатель, как было отмечено ранее, должен ставить себя на место договаривающихся сторон в момент заключения договора. В противном случае реконструкция гипотетической воли была бы искажена¹⁴⁵.

Суду при этом следует также учитывать баланс осведомленности сторон об исследуемых внутренних факторах – необходимо принимать во внимание, какие обстоятельства были известны или должны были быть известны (например, с учетом стандарта должной осмотрительности) сторонам друг о друге, о предмете или структуре предлагаемой сделки.

Оценка *внешних факторов* (социально-экономических, нормативно-регуляторных и других контекстуальных обстоятельств) может в меньшей степени полагаться на внешние доказательства, поскольку контекстуальные

¹⁴⁵ В отличие от учета последующего поведения сторон при наличии неясного условия, когда у стороннего наблюдателя имеется возможность сопоставить спорное дефектное волеизъявление с теми конкретными действиями, которые совершаются в его исполнение.

обстоятельства зачастую, во-первых, являются общеизвестными, и, во-вторых, должны презюмироваться известными разумным сторонам.

Так, например, в доктрине по вопросу толкования договора «открытыми» называются обстоятельства, которые доступны любому разумному лицу (например, обычаи, экономическая логика и т.п.), либо, возможно, и недоступны разумному постороннему лицу, но в силу тех или иных причин были доступны тем конкретным лицам, которым сейчас противопоставляется истинная воля сторон (например, когда бенефициар по договору в пользу третьего лица знал о ходе и содержании переговоров)¹⁴⁶.

Основным критерием для учета внешних факторов должна становиться их релевантность (относимость) по отношению к договорному пробелу и гипотетической воле сторон по не включенному в договор условию.

Подводя итог, следует сделать вывод о том, что в отсутствие прямого волеизъявления сторонним наблюдателем (правоприменителем или судом) может быть сделано предположение о содержании той воли, которая могла бы быть изъяснена в момент заключения договора.

Такая возможность обусловлена предрасположенностью лица к выбору одного из альтернативных вариантов поведения в каждый конкретный момент времени. При наличии двух альтернативных вариантов поведения, которые в результате согласования сторонами могут стать договорным условием, в момент заключения соглашения для любой из сторон один из таких вариантов в любом случае станет превалирующим и будет выбран. Предпочтительный вариант возможного договорного условия в ситуации договорного пробела следует считать гипотетической волей сторон.

Указанная предрасположенность зависит от действия внутренних и внешних факторов, которые в своей совокупности составляют контекст, в котором заключается соглашение сторон. При наличии достаточных сведений о таком контексте на основе внешних доказательств, относимых к

¹⁴⁶ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420 – 453 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.К. Байрамкулов, О.А. Беляева, А.А. Громов и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2020. 1425 с. // СПС «КонсультантПлюс».

рассматриваемому упущенному сторонами условию, предполагаемая гипотетическая воля может быть установлена, по меньшей мере, с разумной степенью достоверности.

ГЛАВА 2. ВОСПОЛНЕНИЕ ДОГОВОРНЫХ ПРОБЕЛОВ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

2.1. Подразумеваемые условия договора в странах общего права

Как было показано в настоящем исследовании ранее, проблема договорных пробелов не является принципиально новой: допустимо даже было бы заметить, что раньше, в период меньшей правовой грамотности и осведомленности, стороны и правоприменители сталкивались с ней чаще, чем на современном этапе.

Наличие правовых проблем, безусловно, порождает необходимость их решения как в доктринальной, так и в практической плоскости. В зависимости от особенностей действующей правовой системы юрисдикционным органам приходилось искать способы разрешения таких проблем. Если с явно выраженными и достаточными условиями не возникает существенных трудностей в силу объективного выражения сторонами своего намерения, то воля, не выраженная во вне и ставшая пробелом, вызывала больше трудностей¹⁴⁷.

Отмеченные в параграфе 1.2 настоящего исследования причины и предложенная классификация пробелов в определенной степени коррелирует с выводами, которые были сделаны в исследованиях английского права. Так, Вэй А. указывал, что «"договорный пробел" может быть результатом отсутствия общей воли по конкретному вопросу, сознательного решения сторон не регулировать конкретный вопрос, их неосмотрительности или простительной сторонам неспособности предсказать будущее»¹⁴⁸.

В английском праве в качестве базового принято разделение всех условий договора на явно выраженные условия (*express terms*) и

¹⁴⁷ На это же указывал и, например, Белых В.С. при анализе принципа свободы договора в английском праве (см. Белых В.С. Принцип свободы договора в английском праве: доктрина и судебная практика // Право и государство. 2015. № 4 (69). С. 33).

¹⁴⁸ Vey A. Assessing the Content of Contracts: Implied Terms from a Comparative Perspective // European Business Law Review, No. 26/2011, 2011, P. 4. URL: <https://ssrn.com/abstract=1837545>.

подразумеваемые условия (*implied terms*). Соотношение между ними наглядно отразил Лорд Диплок, по утверждению которого прямо выраженное волеизъявление имеет решающее значение, а все остальные обязательства оставляются сторонами для их потенциального восполнения¹⁴⁹.

Такое восполнение, однако, не считается нормой – в качестве базового правила считается, что ничто не восполняется и не должно восполняться в договоре¹⁵⁰.

Стоит отметить, что в странах общего права до XX века восполнение неполных договоров довольно строго избегалось исходя из максимы, основанной на идеях либерализма, о том, что суды не могут заключать договор от имени (за) сторон¹⁵¹.

В общем праве существует презумпция против добавления положений, которые стороны сами не включили, поскольку «то, что есть в соглашении – это все, что стороны намеревались включить»¹⁵². Как отмечают Андерсон М. и Уорнер В., договор будет выполнен только в том случае, если подразумеваемое условие напрямую выражает то, что предполагалось в договоре, в условиях при которых он заключался¹⁵³.

Кратко обозначенные в параграфе 1.3 настоящего исследования методы восполнения договорных пробелов нашли свое место в практике судов в системах общего права. Перед тем как перейти к волевому аспекту, рассмотрим кратко общие положения метода выявления подразумеваемых условий.

¹⁴⁹ «Основной принцип общего договорного права [...] в том, что стороны договора могут сами определять, какие обязательства они примут. Они могут прямо указать их в самом договоре, и такие волеизъявления имеют решающее значение; однако на практике в коммерческом договоре никогда не указываются все первичные обязательства сторон в полном объеме; многие оставлены для их восполнения исходя из правовой природы договора, в который они вступают. Но если стороны желают отклонить или изменить первичные обязательства, которые в противном случае были бы выполнены, они имеют полное право сделать это, выразив свое мнение» (см. *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] UKHL 2).

¹⁵⁰ См. *Crema v. Cenko Securities plc* [2010] EWCA Civ 1444.

¹⁵¹ Goetz Ch., Scott R. *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions between Express and Implied Contract Terms* // *California Law Review*, vol. 73, no. 2, 1985, pp. 273–274. URL: <https://www.jstor.org/stable/3480312>.

¹⁵² См. *Luxor (Eastbourne) Ltd v. Cooper* [1941] AC 108.

¹⁵³ Anderson M., Warner V. *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*. 5th ed. Bloomsbury Professional. London, 2023, P. 237.

Обозначая методы восполнения договорных пробелов, Байрамкулов А.К. выделял в английском праве применение диспозитивных норм посредством подразумеваемых общим правом условий (*terms implied in law*) и собственно восполнительное толкование посредством подразумеваемых фактически условий (*terms implied in fact*)¹⁵⁴.

При этом исследователи английского права проводят и иные классификации¹⁵⁵. Так, например, Стоун Р. и Девенни Дж. разделяли подразумеваемые условия на две категории: условия, подразумеваемые (внедряемые) судом (*implied by court*)¹⁵⁶ и условия, подразумеваемые статутом (*implied by statute*)¹⁵⁷.

Как будет показано далее, применение каждой из указанных категорий зависит от наличия необходимых условий (критериев) для восполнения пробелов, однако в их основе заложена единая общая цель – защита разумных ожиданий договаривающихся сторон¹⁵⁸.

Рассмотрим данные виды подразумеваемых условий подробнее.

1. Подразумеваемые статутом условия (*terms implied by statute*).

В связи с немногочисленностью нормативных актов – статутов – в системах общего права, классическое для восприятия континентальных юристов применение установленных законом норм относится именно к данной категории восполнительных методов.

Ряд законов, регулирующих договорные правоотношения, напрямую содержат указание на наличие подразумеваемых условий. При этом, как можно было заметить абзацем выше, вопрос о характере таких норм был

¹⁵⁴ Байрамкулов А.К. Основы учения о восполнительном толковании гражданско-правового договора // Вестник гражданского права. 2014. № 2. С. 7 – 43.

¹⁵⁵ Peel E. Treitel on the Law of Contract. 15th ed. Sweet&Maxwell. London, 2020. P. 253.

¹⁵⁶ Сюда же относятся подразумеваемые обычаем (*implied by custom*), подразумеваемые фактически (*implied in fact*) и подразумеваемые общим правом (*implied in law*) условия.

¹⁵⁷ Stone R., Devenney J. Text, Cases and Materials on Contract Law. 5th ed. Routledge. Abingdon, 2023. P. 248 – 278.

¹⁵⁸ С таким обобщением, однако, согласны не все ученые. Лорд Стейн, к примеру, отмечал, что не все подразумеваемые условия заведомо основываются на фактическом намерении сторон (см. Steyn J. Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men // Law Quarterly Review. No. 113. 1997. P. 441 – 442).

намеренно опущен, поскольку установленные статутом положения могут быть как императивными, так и диспозитивными.

Так, Закон о продаже товаров (*The Sale of Goods Act (SGA) 1979*)¹⁵⁹ устанавливает подразумеваемые условия о наличии прав у продавца на товар перед его продажей и отсутствие каких-либо обременений в отношении товара (статья 12), о надлежащем качестве товара (статьи 14 – 15) и другие. Немного иначе, однако с той же целью Закон о правах потребителей (*The Consumer Rights Act (CRA) 2015*) включает в качестве подразумеваемого условия в договоры с потребителями определенные положения, к примеру, о расторжении договора и дополнительных расходах (статья 12).

Прямое применение таких положений наглядно следует из судебной практики. Например, в деле *Godley v. Perry* с продавца-ответчика были взысканы убытки на основании статьи 15 SGA 1893 в связи с дефектом, который не был выявлен при разумном осмотре товара, приведшем в результате поломки к причинению вреда здоровью покупателя. Несмотря на отсутствие в соглашении прямых условий о надлежащем качестве купленной шестилетним мальчиком игрушки, судья Дэвис применил указанную норму¹⁶⁰.

Анализ вышеприведенных положений на предмет их юридико-лингвистического характера не позволяет сделать вывод о возможности их изменения соглашением сторон, что в парадигме континентального права свидетельствовало бы об их императивности.

В иных случаях законы прямо предусматривают субсидиарный характер применения предусмотренных ими подразумеваемых условий. Например, Закон о просрочке платежа по коммерческим долгам (процентах) (*The Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998*) включает в соответствующие договоры условие о процентах по просроченным платежам в размере 8% по

¹⁵⁹ Похожие положения содержались и в предыдущем акте – Законе о продаже товаров (*The Sale of Goods Act (SGA) 1893*). См. также Закон о поставке товаров и услуг (*The Supply of Goods and Services Act (SGSA) 1982*), Закон о морском страховании (*Marine Insurance Act 1906*).

¹⁶⁰ См. *Godley v. Perry* [1960] 1 WLR 9. Касательно прямого применения подразумеваемых статутом условий см. *Rowland v. Divall* [1923] 2 KB 500, *Harlingdon and Leinster Enterprises v. Christopher Hull Fine Art Ltd* [1991] 1 QB 564 и другие.

сравнению с базовой ставкой, если только договор не содержит явно выраженного «договорного средства правовой защиты от просрочки платежа».

Анализируя судебную практику по применению данного закона, Синицын С.А. и Дьяконова М.О. отмечали дело *Martrade Shipping & Transport GmbH v. United Enterprises Corp*¹⁶¹, в котором, по их утверждению, «суд указал, что проценты насчитываются не как мера компенсации неких убытков, а с целью защитить интересы кредитора в связи с задержками в оплате по договору»¹⁶².

Цель защиты интересов одной из сторон в концепции подразумеваемых статутном условий становится одновременно базисной причиной для английского законодателя ограничивать превалирующий принцип свободы договора, а также условием для их применения.

Стоун Р. и Девенни Дж. в качестве такой причины и условия также рассматривали эффективность подразумеваемых статутном условий для сторон, однако отмечали: «если [эффективность] является причиной принятия [таких положений] закона, то сторонам должно быть разрешено, если они того пожелают, отходить от установленной формулировки. [...] Если [защита сторон] является причиной этого, то обязательство включить условие должно быть абсолютным, без возможности исключения сторонами»¹⁶³. Как мы видим, однако, из примера выше, в конкретных случаях эти причины смешиваются, и, по всей видимости, действуют в качестве взаимодополняющих.

В других юрисдикциях систем общего права действуют аналогичные механизмы. Например, подразумеваемые статутном условия представлены в законодательстве Гонконга – в Постановлении о купле-продаже товаров (*Sale of Goods Ordinance (SOGO) Cap. 26*) и Постановлении об оказании услуг

¹⁶¹ См. *Martrade Shipping & Transport GmbH v. United Enterprises Corp* [2014] EWHC 1884.

¹⁶² Синицын С.А., Дьяконова М.О. Синдицированный кредит как обязательство: истоки и особенности правового регулирования // *Предпринимательское право*. 2023. № 3. С. 19 – 29.

¹⁶³ Stone R., Devenney J. *Text, Cases and Materials on Contract Law*. 5th ed. Routledge. Abingdon, 2023. P. 278.

(*Supply of Services (Implied Terms) Ordinance Cap. 457*). Местные судебные органы также исходят из прямого действия таких положений¹⁶⁴.

Подразумеваемые статутom условия не появляются на пустом месте – они являются следствием работы законодателя по систематизации выработанных судебной практикой договорных механизмов, которые в силу прецедентов начинают повсеместно применяться к договорам определенного вида.

В отличие от прямого действия таких условий все остальные категории применяются судами собственной дискрецией.

2. Подразумеваемые обычаем условия (*terms implied by custom*).

Логика в использовании обычаев в качестве подразумеваемых условий, в целом, проста и не многим отличается от других восполнительных механизмов: стороны явно выражают волю на самые важные условия, но в силу местных или иных обычаев учитывают при этом особенности ведения деятельности в рамках соответствующей локальной сферы. Такой сферой может быть определенная отрасль, индустрия или, например, местность.

Не углубляясь в истоки доктрины, следует заметить, что в данной категории выделяется две ситуации: деловые обыкновения¹⁶⁵ (*usage*) и обычаи (*custom*). Различия данных категорий отнюдь не только терминологические¹⁶⁶. Хоффман В. отмечал, что обыкновением является привычная или традиционная практика поведения, в то время как под обычаем обычно понимается поведение, ставшее стандартом или нормой (не в смысле правовой нормы)¹⁶⁷. Однако, поскольку различия столь глубинны, что им могло бы быть посвящено отдельное исследование, далее они будут использоваться в качестве синонимов.

¹⁶⁴ См. Wong Ng Kai Fung Patsy v. Yau Lai Chu [2005] 4 HKC 42.

¹⁶⁵ Такой перевод использует, например, Черняк Л.Ю. (см. Черняк Л.Ю. К вопросу о соотношении понятий «Обычай» и «Обыкновение» в теории международного права // Сибирский юридический вестник. 2014. № 4. С. 139).

¹⁶⁶ Подробнее см., например, Custom and Trade Usage: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law // Columbia Law Review, Vol. 55, No. 8, 1955, pp. 1192 – 1209. URL: <https://www.jstor.org/stable/1119639>.

¹⁶⁷ Hoffman W. On the use and abuse of custom and usage in reinsurance contracts // Tort & Insurance Law Journal, vol. 33, no. 1, 1997, pp. 8–10. URL: <https://www.jstor.org/stable/25763200>.

Классическим примером в Англии считается дело *Hutton v. Warren*. В нем было установлено, что, исходя из местных обычаев, арендатор, освобождающий земельный участок в связи с отказом арендодателя, имеет право на справедливую компенсацию за семена и труд, которые он потратил на обрабатываемую землю¹⁶⁸.

В другом деле *Fleet v. Murton* агент был привлечен к ответственности, поскольку в соответствии с принятым обычаем в сфере колониальной торговли фруктами в отсутствие в договоре имени принципала ответственность возлагается на агента¹⁶⁹. Подобные случаи встречаются в практике достаточно часто¹⁷⁰.

Для использования обычая в качестве подразумеваемого условия необходимо его соответствие ряду критериев – он должен быть определенным, известным, разумным, признаваться обязательным – именно такие критерии были разработаны судьей Ангудом-Томасом в деле *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood*¹⁷¹ и поддерживаются английской доктриной¹⁷². Зайцева Н.В. с опорой на дело *British Crane and Hire Corp Ltd v. Ipswich Plant Hire Ltd*¹⁷³ выделяла также необходимость подтвержденного факта существования соответствующего обычая и применимости сформулированного обычая условия к соответствующим правоотношениям¹⁷⁴.

В отличие от подразумеваемых статутных условий, при восполнении договора обычаями последний должен соответствовать явно выраженным сторонами условиям – они имеют превалирующее значение, что было

¹⁶⁸ См. *Hutton v. Warren* [1836] 1 M&W 466.

¹⁶⁹ См. *Fleet v. Murton* [1871] L.R. 7 Q.B. 126.

¹⁷⁰ И в Англии – см., например, *Pike v. Ongley* [1887] L.R. 18 Q.B.D. 708, *Robinson v. Mollett* [1875] L.R. 7 H.L. 802, *Southwell v. Bowditch* [1876] L.R. 1 C.P.D. 374; и, например, в Индии – *Gubboy v. Avetoom* [1890] I.L.R. 17 Cal. 449, *Patiram Banerjee v. Kanknarrah Co., Ltd.* [1915] I.L.R. 42 Cal. 1050, *Nanda Lal Roy v. Gurupada Halder* (1924) ILR 51 Cal 588.

¹⁷¹ См. *Cunliffe-Owen v. Teather & Greenwood* [1967] 1 WLR 1421.

¹⁷² Clarke M. Notice of Contractual Terms // *The Cambridge Law Journal*, vol. 35, no. 1, 1976, pp.59. URL: <https://www.jstor.org/stable/4505898>.

¹⁷³ См. *British Crane and Hire Corp Ltd v. Ipswich Plant Hire Ltd* [1975] QB 303.

¹⁷⁴ Зайцева Н.В. Формирование концепции субъективного фактора в частноправовых отношениях в законодательстве России и зарубежных государств: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2023. С. 169.

показано, например, в деле *Les Affréteurs Réunis SA v. Leopold Walford (London) Ltd.*¹⁷⁵

3. Подразумеваемые общим правом условия (*terms implied in law*).

Подразумеваемые общим правом условия возникают в случае выявления судами таких условий применительно ко всем договорам определенного вида. Некоторые исследователи, например, Оуэн М. отмечают, что такие условия обусловлены политическими соображениями¹⁷⁶, при этом под ними скорее понимается отношение правоприменителя к тем или иным правоотношениям или публичный порядок.

Подразумеваемые общим правом условия вырабатываются судами применительно ко всем договорам конкретного вида: купля-продажа, трудовые договоры, аренда и т.д. Впоследствии результаты судебного правотворчества тесно связываются с такими видами договоров.

Касательно договоров аренды наиболее часто упоминается дело *Liverpool City Council v. Irwin*, установившее подразумеваемое условие для всех подобных договоров о том, что арендодатель обязан проявлять разумную заботу о содержании общих частей многоквартирного дома, включая лестницы и лифты¹⁷⁷.

Классическими для трудовых правоотношений являются следующие случаи. В деле *Lister v. Romford Ice & Cold Storage Ltd* разрешался вопрос наличия прямо не выраженного условия о праве работника на возмещение работодателем гражданской ответственности работника за его собственные небрежные действия, совершенные в ходе выполнения своих обязанностей¹⁷⁸. В другом деле *Robb v. Green* для трудовых договоров было разработано условие о выполнении работником своих служебных обязанностей «добросовестно и честно»¹⁷⁹. В свою очередь, применительно к

¹⁷⁵ См. *Les Affréteurs Réunis SA v. Leopold Walford (London) Ltd* [1919] AC 801.

¹⁷⁶ Owen M. Contract. Implied Terms // *The Cambridge Law Journal*, Vol. 43, No. 2, 1984, pp. 230–233. URL: <http://www.jstor.org/stable/4506640>.

¹⁷⁷ См. *Liverpool City Council v. Irwin* [1977] A.C. 239.

¹⁷⁸ См. *Lister v. Romford Ice & Cold Storage Ltd* [1957] A.C. 555.

¹⁷⁹ См. *Robb v. Green* [1895] 2 Q.B. 315.

работодателям, в деле *Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA* было разработано подразумеваемое условие о запрете ведения деятельности, которая подрывала бы «доверие и уверенность» работников¹⁸⁰.

Не отходя далеко от затронутой добросовестности, следует отметить, что доктрина подразумеваемых условий (*implied terms*) в контексте повсеместного действия свободы договора и примата воли для английских судов (точнее, для судов справедливости – *equity law*¹⁸¹) в принципе заменила собой известный континентальной системе общий принцип добросовестности, и далеко не только в трудовых отношениях. В английской литературе по-прежнему ведутся дискуссии о природе добросовестности как подразумеваемом условии, присущем каждому договорно-правовому отношению¹⁸² – дискуссии, решенной в континентальных системах путем закрепления нормы-принципа. Однако, для английского права все категории подразумеваемых условий играют значительную роль в применении принципа добросовестности, как справедливо указывали Бергер К.П. и Арнц Т.¹⁸³

Несмотря на значение в том числе вышеуказанных прецедентов, Остин-Бейкер Р. отмечал, что в них тем не менее прямо не сформулированы четкие основания, позволяющие применять подразумеваемые общим правом условия¹⁸⁴.

Такие основания были приведены лордом Деннингом в деле *Shell (UK) Ltd v. Lostock Garage Ltd*: во-первых, вид договора должен быть в достаточной степени распространенным (примеры таких договоров отмечались выше), во-вторых – вопрос не должен быть урегулирован в явно выраженных условиях договора¹⁸⁵.

¹⁸⁰ См. *Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA* [1988] AC 20.

¹⁸¹ Брисов Ю.В. Ответственность исполнительного органа юридического лица за недобросовестные действия // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 9. С. 174 – 184.

¹⁸² См., например, Peden E. 'Implicit Good Faith' – or Do We Still Need an Implied Term of Good Faith? // *Journal of Contract Law*, vol. 25, 2009. URL: <https://ssrn.com/abstract=1326690>.

¹⁸³ Бергер К.П., Арнц Т. Принцип добросовестности в английском коммерческом договорном праве. Обзор актуальной английской судебной практики // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 234 – 269.

¹⁸⁴ Austen-Baker R. *Implied Terms in English Contract law*. 1st ed. Edward Elgar Publishing Ltd. Cheltenham, 2011. P. 45.

¹⁸⁵ См. *Shell (UK) Ltd v. Lostock Garage Ltd* [1976] 1 WLR 1187.

Кратко остановимся на соотношении подразумеваемых общим правом условий и условиях, прямо выраженных в соглашении сторон. Если какая-то конкретная обязанность четко и недвусмысленно урегулирована сторонами, подразумеваемое общим правом условие, противоречащее урегулированному, не применяется. Однако, если прямо выраженное условие имеет дефект, например выражено неясно или противоречит другим прямо выраженным условиям, стороной может быть поднят вопрос о применении подразумеваемого условия.

Такой случай в трудовом договоре был рассмотрен в деле *Johnstone v. Bloomsbury Area Health Authority*¹⁸⁶. Согласно трудовому договору, сотрудник должен был работать 40 основных часов и быть доступным по вызову еще 48 часов в неделю; в течение нескольких недель он работал более 88 часов и в результате заболел. Ответчик-работодатель ссылаясь на наличие в договоре закрепленного условия, регулирующего данный вопрос, однако истец-работник ссылаясь на несправедливость указанного условия¹⁸⁷ и его противоречие публичному порядку. Не принимая во внимание закрепленную в договоре волю сторон, суд применил подразумеваемое условие о «доверии и уверенности» работников в надлежащей деятельности и обязанность работодателя по общему праву принимать разумные меры для обеспечения безопасной системы работы.

Если судом устанавливается наличие оснований для применения подразумеваемых общим правом условий, далее осуществляется оценка возможности их включения по определенным критериям (тестам).

Первым и, пожалуй, единственным на сегодняшний день критерием является тест на «разумную необходимость» (*reasonable necessity*). Однако его точное значение до конца не ясно, и, как утверждают Стоун Р. и Девенни Дж., «хотя суды используют критерий необходимости, их решения основаны скорее на соображениях справедливости и публичного порядка; это

¹⁸⁶ См. *Johnstone v. Bloomsbury Area Health Authority* [1991] 2 All E.R. 293.

¹⁸⁷ В значении, придаваемом Законом о несправедливых договорных условиях (*Unfair Contract Terms Act 1977*).

фактически равносильно проверке разумности, поскольку разумный человек должен действовать справедливо»¹⁸⁸.

Учитывая тот факт, что исходя из своей природы подразумеваемые общим правом условия будут применяться ко всем договорам того или иного вида, разумность условия должна оцениваться не только между сторонами конкретного договора, но и с учетом общего поведения всех участников, заключающих договоры данного типа. Иными словами, любое такое подразумеваемое условие должно соответствовать общим соображениям справедливости.

Исходя из этих соображений Остин-Бейкер Р. предлагает следующий двухступенчатый тест, состоящий из двух вопросов, ответ на которые позволит сделать вывод о применимости подразумеваемого общим правом условия: могут ли любые разумные договаривающиеся стороны очевидно ожидать, что такое условие будет считаться частью договорных обязательств вне зависимости от его прямого включения; будет ли такое условие, если применить его ко всем договорам, противоречить общественным интересам¹⁸⁹. Представляется, что в рассмотренных в настоящем параграфе случаях применения подразумеваемых общим правом условий, такие критерии были бы соблюдены.

Последней категорией, на которую стоит обратить более пристальное внимание в рамках настоящего исследования, являются подразумеваемые фактически условия (*terms implied in fact*).

Как можно было заметить, вышеперечисленные способы восполнения договорных пробелов в системе общего права не учитывают фактические намерения конкретных сторон договора, что, как кажется на первый взгляд, противоречит основным догмам английского права, ставящим волю сторон на первый план.

¹⁸⁸ Stone R., Devenney J. Text, Cases and Materials on Contract Law. 5th ed. Routledge. Abingdon, 2023. P. 278.
¹⁸⁹ Austen-Baker R. Implied Terms in English Contract law. 1st ed. Edward Elgar Publishing Ltd. Cheltenham, 2011. P. 49.

Подразумеваемые статутном условия исходят из интересов сторон в глобальном смысле, заменяя волю договаривающихся волей законодателя. Подразумеваемые обычаем условия являются результатом сложившейся практики в той или иной сфере или местности, что может далеко не означать соответствие этой практики желаниям вступающих в сделку. Наиболее близкая к намерениям категория – подразумеваемые общим правом условия, но даже при их применении суд руководствуется некой абстрактной волей общей массы участников соответствующих правоотношений.

4. Подразумеваемые фактически условия (*terms implied in fact*).

Роль восполнения пробелов на основе воли конкретных сторон конкретного договора взяли на себя подразумеваемые фактически условия¹⁹⁰. Такие условия могут подразумеваться из фактического (отсюда и терминологическое обозначение) контекста соглашения для реализации прямо не выраженных намерений сторон; для исполнения того, о чем конкретные стороны договорились, хотя и не выразили этого явно. Подразумевается ли условие или нет, зависит, как правило, от намерения сторон, вытекающего из содержания соглашения и сопутствующих его заключению обстоятельств¹⁹¹.

Байрамкулов А.К. определяет такие условия как «восполняемые судом положения договора, необходимость включения которых обусловлена существом договорных отношений и иными значимыми для таких отношений обстоятельствами»¹⁹².

Прежде чем перейти к анализу прецедентов, заложивших фундамент в доктрину подразумеваемых фактически условий, для четкого понимания приведем ряд не столь популярных, но при этом показательных примеров.

¹⁹⁰ Байрамкулов А.К. Расторжение договора «по иным основаниям»: изменился ли подход судебной практики? Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 21.08.2015 № 310-ЭС15-4004 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 9. С. 30 – 34.

¹⁹¹ Chitty on Contracts. Vol. I (General Principles). 32nd ed. / Edited by H. Beale. Sweet & Maxwell, 2012. Para. 14-003.

¹⁹² Байрамкулов А.К. Особенности толкования договора в российском гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 195.

В австралийском деле *Gwam Investments Pty Ltd v. Outback Health Screenings Pty Ltd* компании заключили договор, по которому подрядчик должен был спроектировать и построить мобильную медицинскую установку на заднюю часть грузовика. После того как медицинский блок был построен, общий вес грузовика превысил максимально допустимую для него массу, и он больше не мог передвигаться по дорогам общего пользования. Суд постановил возместить заказчику ущерб за нарушение подразумеваемого фактически условия о том, что автомобиль и изготовленная на заказ установка будут пригодны для соответствующих целей, а именно – для езды по дорогам общего пользования¹⁹³.

В английском деле *Paragon Finance Plc v. Nash* банк выдал ипотечный кредит на покупку дома, договор по которому позволял кредитору изменять процентную ставку «по своему усмотрению». После того как ключевая ставка Банка Англии снизилась, кредитор отказался снизить процент по ипотеке и продолжал взимать значительную сумму сверх этой ставки. Суд установил, что в договоре подразумевалось условие о том, что право изменять процентную ставку должно было осуществляться в разумных пределах¹⁹⁴.

В другом деле *Equitable Life Assurance Society v. Hyman* страховая компания, выдавшая страховые полисы страхования жизни с гарантированной ставкой, пыталась снизить уровень положенных застрахованным лицам выплат. Несмотря на такое право страховой компании в ее уставе, суд выявил подразумеваемое фактически условие о том, что дискреция на изменение размера выплат не должна ущемлять права страхователей и не нарушать их разумные ожидания¹⁹⁵.

Как можно заметить, приведенные подразумеваемые фактически условия являются довольно вариативными и возникают в различных спорах: как из довольно распространенных договорных отношений, так и из уникальных в своем роде. В одних случаях суды рассматривают последствия

¹⁹³ См. *Gwam Investments Pty Ltd v. Outback Health Screenings Pty Ltd* [2010] SASC 37.

¹⁹⁴ См. *Paragon Finance v. Nash* [2001] EWCA Civ 1466.

¹⁹⁵ См. *Equitable Life Assurance Society v. Hyman* [2000] 3 WLR 529.

несоблюдения подразумеваемых условий, в других – их использованием ограничивают договорную дискрецию сторон¹⁹⁶.

На данном этапе исследования целесообразным представляется ответить на вопрос о разграничении подразумеваемых фактически условий и условий, подразумеваемых общим правом. Первые призваны восполнить невыраженные, но предполагаемые намерения сторон; последние – возникают, когда прецедент включает условия в конкретные виды договоров, вне зависимости от наличия намерений. В деле *Luxor (Eastbourne) Ltd v. Cooper* судья Лорд Райт указал, что «выражение "подразумеваемое условие" используется в разных смыслах. Иногда оно обозначает некое условие, которое зависит не от фактического намерения сторон, а от нормы закона [...] Но рассматриваемое дело отличается, поскольку подразумеваемое условие основано на намерении, имевшемся у сторон исходя из фактических обстоятельств»¹⁹⁷.

Ранее была отмечена связь методики договорного восполнения как с учетом воли сторон, так и с определенным вмешательством в нее, поскольку внедрение судом дополнительных условий, сторонами явно несогласованных, противоречило бы принципу свободы договора. Именно поэтому традиционно суды неохотно включали в договор подразумеваемые условия.

Рассматривая другие категории подразумеваемых условий были упомянуты определенные критерии-тесты, применение которых оправдывало судебную дискрецию посредством вмешательства в свободу договора. И если для включения, например, подразумеваемых статутных условий критерии не слишком строги (в силу единства общественного мнения в необходимости того или иного регулирования законодателем), то стандарты для подразумеваемых фактически условий имеют более существенное значение.

¹⁹⁶ Некоторые исследователи, например, Хоули Р. называют подразумеваемые фактически условия в качестве одного из предпочтительных механизмов, с помощью которого английские суды контролируют осуществление договорного усмотрения сторон (см. Hooley R. Controlling contractual discretion // The Cambridge Law Journal, vol. 72, no. 1, 2013, P. 68. URL: <http://www.jstor.org/stable/41819975>)

¹⁹⁷ См. *Luxor (Eastbourne) Ltd v. Cooper* [1941] AC 108.

1. Экономический эффект (*business efficacy*). Первым и, отнюдь, самым популярным прецедентом в данной категории является дело *The Moorcock*¹⁹⁸. В данном деле между сторонами был заключен договор об аренде причала на берегу Темзы для погрузки грузов. Во время отлива лодка истца села на мель и была повреждена, в результате чего стала очевидна непригодность причала для судна истца. Суд постановил, что в договоре стороны подразумевали условие о том, что причал должен быть безопасен и пригоден для достижения основной цели договора¹⁹⁹.

Так был сформулирован первый критерий – необходимость условия для достижения экономического эффекта; придания сделке такой модели поведения, которая во всяком случае должна была предполагаться сторонами. Другими словами, условие будет подразумеваться фактически, если без него договор окажется невыполнимым. К такому же выводу приходил Байрамкулов А.К., который, анализируя работу Льюисона К.²⁰⁰, утверждал, что «если такой договор не может быть исполнен либо его исполнение может быть затруднено, то суд исходит из того, что гипотетической волею сторон охватывалось включение такого условия»²⁰¹.

Зайцева Н.В. с опорой на английскую доктрину²⁰² отмечает: «если окажется, что договор без данного условия не будет исполнен или не приведет к тем последствиям, которые стороны пытались достичь посредством вступления в правоотношение, суд может логично предположить, что стороны имели намерение включить такое положение в контракт»²⁰³.

2. Очевидный характер (*no need to mention / officious bystander*). Второй тест был формально сформулирован спустя четыре десятилетия, хотя

¹⁹⁸ Было бы неправильным не отметить, что до данного дела вопрос о восполнении договора также поднимался, см. – M'Intyre v. Belcher [1863] 14 C.B.N.S. 654.

¹⁹⁹ См. The Moorcock [1889] 14 PD 64.

²⁰⁰ Lewison K. The Interpretation of Contracts. Sweet & Maxwell Ltd. 2011.

²⁰¹ Байрамкулов А.К. Особенности толкования договора в российском гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 197.

²⁰² Peters Ch. The Implication of Terms in Fact // The Cambridge Law Journal. 2009. Vol. 68. No. 3. P. 513–515. URL: <http://www.jstor.org/stable/40388829>.

²⁰³ Зайцева Н.В. Формирование концепции субъективного фактора в частноправовых отношениях в законодательстве России и зарубежных государств: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2023. С. 197.

требование «очевидности» подразумеваемого условия появилось несколько ранее. Так, в деле *Reigate v. Union Manufacturing Co* был сделан следующий вывод: «Условие может быть подразумеваемым только в том случае, [...] если бы во время заключения договора кто-то спросил: "Что произойдет в таком-то случае?", они бы ответили: "Разумеется, произойдет то-то и то-то; мы не стали это включать, поскольку это и так ясно."»²⁰⁴.

Классическим же прецедентом считается дело *Shirlaw v. Southern Foundries*, в котором было предложено рассматривать условие с позиции «стороннего наблюдателя». Считается, что если бы в момент заключения договора какой-нибудь сторонний наблюдатель предложил бы добавить такое условие, и стороны однозначно согласились бы, – такое условие можно считать подразумеваемым²⁰⁵.

Исходя из этого, вторым критерием для восполнения договора является то, что предлагаемое подразумеваемое условие настолько очевидно, что представляется «само собой разумеющимся».

Соотношение между двумя тестами не является очевидным – о чем говорил, например, Крамер А.²⁰⁶ – и рассматривалось многими исследователями²⁰⁷. Теоретически, условие может удовлетворять критерию «стороннего наблюдателя», но не критерию «экономического эффекта», если без этого условия договор все равно был бы исполняемым, но обе стороны, будучи разумными людьми, согласились бы на включение такого условия, если бы оно им было предложено. На практике, в свою очередь, в одних случаях два теста отождествляют между собой²⁰⁸, в других – их рассматривают в качестве альтернативных²⁰⁹, в-третьих – используют одновременно и равноценно²¹⁰. Превалирующим подходом можно назвать последний.

²⁰⁴ См. *Reigate v. Union Manufacturing Co* [1918] 1 K.B. 592.

²⁰⁵ См. *Shirlaw v. Southern Foundries* [1940] AC 701.

²⁰⁶ Kramer A. Implication in Fact as an Instance of Contractual Interpretation // *The Cambridge Law Journal*. 2004. Vol. 63. No. 2. P. 398. URL: <https://www.jstor.org/stable/4509109>.

²⁰⁷ McCaughan J. Implied Terms: The journey of the man on the Clapham Omnibus // *The Cambridge Law Journal*. 2011. Vol. 70. No. 3. pp. 607 – 622. URL: <https://www.jstor.org/stable/41301011>.

²⁰⁸ См. *Reigate v. Union Manufacturing Co* [1918] 1 K.B. 592.

²⁰⁹ См. *Mosvolds Rederi A/S v. Food Corporation of India* [1986] 2 Lloyd's Rep. 68.

²¹⁰ См. *Ashmore v. Corporation of Lloyd's* (No. 2) [1992] 2 Lloyd's Rep 620.

Как можно было заметить, и тест на «экономический эффект», и тест на «стороннего наблюдателя» по сути основаны на требовании «необходимости» договорного условия. Требование «необходимости» условия является краеугольным и важнейшим требованием для включения подразумеваемого условия в договор, в противовес требованию «разумности», что было подчеркнуто в деле *Hughes v Greenwich LBC* судьей Лордом Лоури: «суду недостаточно прийти к выводу, что такое условие сделало бы договор более разумным; условия будут подразумеваться не для того, чтобы заключить для сторон договор, который суд считает справедливым, а только для того, чтобы сделать договор результативным»²¹¹.

Это означает, что условие должно иметь решающее значение для надлежащего функционирования договорных отношений. Без соответствующих подразумеваемых фактически условий не имело бы смысл существование договора на создание медицинского модуля, который не может передвигаться по дорогам общего пользования, на ипотечный заем под значительно превышающий ключевую ставку процент, на страхование жизни с выплатой, размер которой может быть в любой момент существенно занижен (согласно примерам выше).

При этом критерии могут изменяться и уточняться со временем и исходя из юрисдикции.

Так, значительную турбулентность доктрина претерпела в период с 2009 по 2015 года после рассмотрения дела *Attorney General of Belize v. Belize Telecom Ltd*²¹², в котором была сделана попытка перейти от первостепенного значения требования «необходимости» к требованию «разумности» включения условия в договор²¹³. В дальнейшем, в деле *Marks and Spencer plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd*²¹⁴ указанная попытка

²¹¹ См. *Hughes v. Greenwich LBC* [1994] 1 AC 170 и *JM Reilly Ltd v. Belfast Corporation* [1970] NI 68.

²¹² См. *Attorney General of Belize v. Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10.

²¹³ Hooley R. Implied Terms after *Belize Telecom* // *The Cambridge Law Journal*. 2014. Vol. 73. No. 2. P. 342. URL: <https://www.jstor.org/stable/24693793>.

²¹⁴ См. *Marks and Spencer plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd* [2015] UKSC 72.

была пресечена Верховным Судом Великобритании, сделавшим существенные выводы для механизма подразумеваемых условий в целом.

В отношении территориальных различий, например, суды Гонконга пошли дальше в развитии доктрины подразумеваемых фактически условий, и руководствуются пятью критериями: два обозначенных теста выше, а также три характеристики условия, разработанные в конце XX века в деле *BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v. President, Councillors & Ratepayers of Shire of Hastings*²¹⁵: подразумеваемое условие должно быть разумным и справедливым, может быть четко сформулировано и не противоречит явно выраженным условиям²¹⁶. Аналогичные критерии были использованы и в недавнем деле в Австралии, где был сделан вывод об их кумулятивном характере (совместном использовании)²¹⁷.

С учетом вышеизложенного, представляется возможным обобщить названные критерии использования судами в юрисдикциях общего права подразумеваемых на основе воли сторон договорных условий (см. Приложение 2 – таблица 2. Таблица критериев подразумеваемых фактически условий).

Подводя итог рассмотрения английской доктрины подразумеваемых условий, стоит отметить ряд причин ее применения, который согласуется с позицией Робертсона А.²¹⁸: во-первых, такое условие является логическим следствием из явно выраженных условий; во-вторых, оно необходимо для того, чтобы сделать договор выполнимым и представляет собой очевидное или единственно верное решение этой проблемы; в-третьих, условие помогает сохранить цель договора.

²¹⁵ См. *BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v. President, Councilors & Ratepayers of Shire of Hastings* [1978] 52 AJLR 20.

²¹⁶ Такие критерии в совокупности применялись в Гонконге в делах *Attorney General v. Melhado Investments Ltd* [1983] HKLR 327, *Shun Shing Hing Investment Co Ltd v. Attorney General* [1983] HKLR 432, *On Park Parking Ltd v. Secretary of Justice & Others* [2004] 3 HKC 476 и др.

²¹⁷ См. *Bull v. Australian Quarter Horse Association* [2015] NSWCA 354.

²¹⁸ Robertson A. The foundations of implied terms: logic, efficacy and purpose // Degeling S., Edleman J., Goudkamp J. *Contract in Commercial Law*. Sydney: Law Book Co, 2016, P. 24.

В значительной степени доктрина подразумеваемых фактически условий базируется на «предполагаемых намерениях сторон», которые, по утверждению Смита С.²¹⁹, основываются судами на объективных обстоятельствах, имеющихся при заключении договора, включая прошлые сделки и коммерческую практику сторон, цель договора, действующие правовые нормы и общие нормативные представления.

Таким образом, подразумеваемые фактически условия становятся *ad-hoc* основой для того, чтобы сделать договор выполнимым.

Сравнительно-правовой анализ показал определенные различия между применением доктрины в различных юрисдикциях системы общего права, однако такие различия не являются существенными и критичными: англо-австралийское, американское и гонконгское договорное право, по своей сути, имеет единый фундамент для применения указанного механизма.

Актуальные разработки высших судебных инстанций, например, Великобритании предоставляют относительно систематизированное понимание условий для восполнения договоров. Чтобы суд смог решить, необходимо ли дополнять договор подразумеваемым условием, необходимо:

1. в первую очередь, исследовать и истолковать явно выраженные условия договора, чтобы понять, о чем договорились стороны;
2. попытаться выяснить причину возникновения пробела в договоре: было ли такое упущение намеренным или нет;
3. опираться не только на доказательства действительного намерения сторон, но и на предположение о том, на что согласились бы разумные люди в положении сторон на момент заключения договора;
4. учитывать, что договор не может быть дополнен условием лишь постольку, поскольку, по мнению суда, это сделало бы его более справедливым или разумным;
5. не переписывать договор, изменяя то соглашение сторон, о котором стороны договорились.

²¹⁹ Smith S. Contract Theory. Oxford University Press. Oxford, 2004, P. 301.

Подводя итог, следует отметить, что системы общего права в большей степени уделяют внимание тестам и характеристикам потенциальных подразумеваемых условий исходя из предполагаемых намерений (экономический эффект, очевидность, разумность и справедливость, возможность ясного формулирования и согласованность с выраженными условиями).

2.2. Восполнительное толкование в странах континентальной правовой системы

Проблематика договорных пробелов известна и юрисдикциям континентальной правовой системы. Во многих юрисдикциях, хотя и под разными названиями, допускается такое специальное заполнение пробелов для придания договору смысла²²⁰.

Для данной цели в странах системы общего права были разработаны критерии определения подразумеваемых условий договора, рассмотренные в параграфе 2.1 настоящего исследования. Как можно было заметить, подразумеваемые условия в общем праве опираются в малой степени – на немногочисленные статутные нормы, и в большей – на обычаи и применимые к определенным видам договоров правила, а также на фактические намерения сторон.

В странах с традицией гражданского права, где основным источником права уже является кодифицированное статутное право, ответ на вопрос о том, как стороны должны поступать в конкретной ситуации, которая не была отражена в подписанном ими договоре, в первую очередь, следует искать в статутных нормах, применимых к определенным видам договоров, которые автоматически становятся частью договора, если стороны не договорились об ином.

Континентальные правовые системы также учитывают и обычаи, и диспозитивные нормы права. В этом отношении между двумя системами, определенно, имеется сходство. Большой правовой и научный интерес, в том числе в рамках настоящего исследования, при этом вызывают различные подходы к применению *ad hoc* восполнения договоров – механизмов

²²⁰ Анализ механизмов толкования, в том числе восполнительного, в разных странах континентальной системы проводился, например, Труниным А.А. (см. Трунин А.А. Толкование договора в странах Европейского союза // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 5. С. 100 – 126).

заполнения пробелов с учетом фактических обстоятельств конкретных взаимоотношений сторон и их намерений.

Именно такому аналогу «английских» подразумеваемых фактически условий будет уделено внимание далее.

Германия (*ergänzende Vertragsauslegung*). Немецкую доктрину и разработки судов Германии можно по праву считать ориентиром в вопросе восполнительного толкования договоров.

Нормативной основой для применения восполнительного толкования в рамках конкретных отношений (*ergänzende Vertragsauslegung*) является § 157 Германского гражданского уложения (BGB):

§ 157 BGB – Договор должен толковаться в соответствии с требованиями добросовестности, с учетом сложившейся практики.

Можно отметить, что данное положение в буквальном смысле не затрагивает вопрос пробелов в договоре, ведь формально подлежать толкованию могут только прямо выраженные в договоре слова и условия. Хенкель В. в этой связи подчеркивал, что «заполнение пробелов [т.е. восполнительное толкование] все равно является толкованием содержания договора, хотя и особого рода. Оно дополняет содержание договора, но не отдельные заявления о намерениях и, следовательно, не [изменяет] волю сторон, выраженную в договоре»²²¹.

Даннеман Г. и Шульц Р. отмечают, что в немецкой доктрине о возникновении договорного пробела можно говорить только если договор в его нынешнем состоянии не позволяет реализовать его основную цель (*Regelungsplan*) и не позволяет разрешить противоречащие интересы сторон²²². Без такого пробела применение восполнительного толкования не допускается²²³.

²²¹ Henckel W. Die Ergänzende Vertragsauslegung // Archiv Für Die Civilistische Praxis, vol. 159, no. 2, 1960. P. 107. URL: <https://www.jstor.org/stable/40993878>.

²²² Danneman G., Schulze R., Hrsg. German Civil Code: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Book 1 – 3: § 1 – 1296. München – Baden-Baden, 2020. P. 208.

²²³ См. BGH 15.11.2012 – VII ZR 99/10, NJW 2013; BGH 20.07.2005 – VIII ZR 397/03, NJW-RR 2005.

Судебной практикой выявлены различные причины для возникновения таких пробелов (что, в целом, коррелирует с выводами в параграфе 1.2 настоящего исследования):

1. Стороны могли забыть урегулировать какой-либо вопрос²²⁴;
2. Пробел мог возникнуть вследствие изменившихся обстоятельств²²⁵;
3. Стороны могли намеренно не урегулировать вопрос, чтобы договориться о нем позднее²²⁶.

Не считается, однако, договорным пробелом ситуация, когда стороны оставили вопрос на регулирование нормой закона.

Рассмотрим несколько примеров.

В доктрине упоминается классический пример применения доктрины в деле *Swapping doctors, 1954*. В нем суд Германии рассматривал спор двух медицинских работников (врачей) из соседних городов, согласившихся на смену места деятельности по месту жительства друг друга. Спустя некоторое время несмотря на достигнутую договоренность первый врач вернулся в свой город; второй – опасаясь конкуренции, был против такого возвращения. Суд постановил, что ни одна из сторон не должна была заниматься врачебным делом в непосредственной близости от места своей прежней практики в течение двух-трех лет²²⁷.

В связи с этим делом Кётц Х. особо обращает внимание на использованную судом формулировку, которая впоследствии стала ключевой в немецкой доктрине восполнительного толкования: «В случае, когда стороны упустили возможность что-то сказать, судья должен "выяснить и принять во внимание то, что, в свете конечной цели договора, они должны были бы сказать, если бы они регулировали данный вопрос, действуя в соответствии с требованиями добросовестности и разумной деловой практики"»²²⁸.

²²⁴ См. BGH 10.10.1990 – VIII ZR 370/89, NJW-RR 1991.

²²⁵ См. BGH 25.11.2004 – I ZR 49/02, NJW-RR 2005.

²²⁶ См. BGH 19.03.1975 – VIII ZR 262/73, NJW 1975.

²²⁷ См. BGH 18.12.1954 – II ZR 76/54, NJW 1955.

²²⁸ Kotz H. *European Contract Law*. 2nd ed. // Transl. by Mertens G. and Weir T. Oxford University Press, 2017. P. 123.

В другом деле благодаря восполнительному толкованию лицу, взявшему в аренду один из двух магазинов в здании, было предоставлено право запретить владельцу здания сдать второй магазин в аренду для занятия тем же видом деятельности²²⁹.

Правоприменители исходят из превалирующего значения гипотетической воли сторон (*hypothetischer Parteiwille*), которая и становится важнейшим элементом дополнения договора.

Судья, устраняя пробел, в первую очередь должен выразить договорные последствия, которые стороны подразумевали. Задача суда – не вмешиваться в условия договора, как он считает справедливым, а просто дополнить договор, включив в него условие, о котором стороны договорились бы, если бы в момент заключения учитывали сложившуюся ситуацию²³⁰.

Судебной практикой также сформулированы важные ограничения при установлении гипотетической воли сторон:

1. Для определения гипотетических намерений необходимо учитывать договор (его цель), его условия и заложенные в него принципы и характер обязательств²³¹;
2. Также учету подлежит принцип добросовестности и сложившаяся коммерческая практика²³²;
3. Суд должен уважать автономию сторон и не подменять намерение сторон своим собственным мнением об интересах сторон²³³;
4. Если возможно несколько вариантов гипотетической воли на регулирование вопроса, восполнительное толкование не допускается²³⁴.

²²⁹ См. RG 02.02.1931 – RGZ 131, 274.

²³⁰ Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006. P. 141.

²³¹ См. BGH 01.06.2005 – VIII ZR 234/04, NJW-RR 2005.

²³² См. BGH 15.11.2012 – VII ZR 99/10, NJW 2013.

²³³ См. BGH 10.07.1963 – VIII ZR 204/61, NJW 1963.

²³⁴ См. BGH 20.07.2005 – VIII ZR 397/03, NJW-RR 2005.

Определенная дихотомия между первыми двумя положениями – учетом фактических отношений сторон и учетом требований добросовестности – разрешается путем соотношения баланса интересов сторон.

Австрия (*die Vertragsauslegung*). Не отходя далеко от немецкой доктрины и практики, целесообразно рассмотреть далее действующую австрийскую систему заполнения пробелов.

Правовая основа для существующего механизма восполнения, пожалуй, не менее абстрактная чем в Германии, закреплена во Всеобщем гражданском уложении Австрии (ABGB):

§ 914 ABGB – При толковании договоров не следует придерживаться буквального значения выражения, а необходимо выяснить намерение сторон и понять договор в соответствии с практикой честной сделки.

Восполнительное толкование в Австрии применяется, если после заключения договора возникают проблемы, которые стороны не рассматривали и, следовательно, не регулировали, при условии, что диспозитивные нормы также не предлагают решения.

Механизм заполнения пробелов занимает, как отмечает Коциоль Х., «среднее положение» между толкованием договора и применением объективных критериев: договор дополняется на основании гипотетического намерения сторон, при этом пределы выявления такого намерения ограничиваются, с одной стороны, фактически выраженной волей, с другой – уместностью баланса интересов сторон²³⁵.

По мнению Венуша Г., не существует общепринятого гипотетического намерения сторон²³⁶. При ее определении необходимо задать вопрос: «о чем бы договорились разумные и честные стороны, принимая во внимание конкретные интересы?»²³⁷. Таким образом, необходимо выяснить, о чем бы

²³⁵ Kurzkommentar zum ABGB / Hrsg. von H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien; New York: Springer, 2007. P. 905.

²³⁶ Wenusch H. Der hypothetische Parteiwille: «Guter Preis bleibt guter Preis ...» // ZRB Zeitschrift für Recht des Bauwesens, Vol. 12, No. 1, 2023.

²³⁷ См. 10 Ob 28/05y OGH 2005.

договорились конкретные стороны в конкретной ситуации: очевидно, что гипотетические намерения сторон в отношении цены товара различались бы, если товаром были бы, например, строительные материалы или картины известных художников.

При невозможности определения гипотетического намерения сторон договор восполняется условием, которое разумные и добросовестные стороны сделали бы с учетом других договорных положений и цели договора.

Таким образом, в Австрии для определения гипотетической воли сторон используются субъективный критерий (все признаки намерений и интересов договаривающихся сторон в момент заключения договора) как основной, и объективный критерий (критерий добросовестности).

Если стороны гипотетически договорились о каком-либо условии, обременительном для одной из них (например, в связи с более значительными переговорными позициями), суды тем не менее призваны обеспечить баланс интересов.

В отношении условий, которые могут быть восполнены судами, Коциоль Х.²³⁸ с опорой на практику австрийских судов указывает, что механизм может применяться к существенным условиям (например, процентам по кредиту²³⁹ или условиям распределения прибыли между партнерами²⁴⁰), однако в основном применяется к вспомогательным обязательствам (например, условиям уступки требований по гарантиям²⁴¹ или требованиям о передаче исходного кода наравне с разработанным программным обеспечением²⁴²).

Швеция (*individuell utfyllning*). Известны инструменты заполнения пробелов в договоре и праву Швеции. Хотя в кодифицированных актах конкретного и полного механизма не обнаружено, раздел 3 Закона Швеции о

²³⁸ Kurzkommentar zum ABGB / Hrsg. von H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien; New York: Springer, 2007. P. 906.

²³⁹ См. 10 Ob 125/05p ÖBA 2006, 916.

²⁴⁰ См. 7 Ob 1657/92 RdW 1993, 303.

²⁴¹ См. 1 Ob 257/04g JBl 2005, 579.

²⁴² См. 9 Ob 81/04h SZ 2005/109.

продаже товаров (Köplag 1990:931) предусматривает следующий порядок регулирования отношений сторон: императивные нормы закона; условия договора; практика сторон; коммерческая практика и обычаи; диспозитивные нормы закона; *объективные правовые соображения для создания дополнительной нормы права.*

В шведской доктрине отмечается, что восполнение может быть осуществлено на основании обстоятельств конкретного дела, обстоятельствах, специфических для договорной ситуации²⁴³ (*individuell utfyllning*). Разумно было бы с осторожностью предположить, что именно такие положения как *объективные правовые соображения для создания дополнительной нормы права* законодательных актов позволяют судам производить подобное *ad-hoc* восполнение.

В работе Хедвалла М. утверждается, что восполнение на основе фактических обстоятельств дела зависит от ответа на гипотетический вопрос, который должен задать правоприменитель: «Как бы стороны урегулировали ситуацию, если бы они знали или думали о ней в момент заключения договора?»²⁴⁴.

В научных работах²⁴⁵ удалось выявить следующий пример применения рассматриваемого механизма. В деле № 522-01 апелляционный суд рассматривал дело о выплате долга кредитору: между кредитором и должником была достигнута договоренность о том, что выплата долга не начнется до тех пор, пока не будет погашен налоговый долг должника. Однако срок уплаты налогового долга истек, после чего кредитор предъявил требование об уплате. Должник оспорил это требование, заявив, что не погасил налоговый долг и намерен это сделать, хотя не обязан этого делать из-за истечения срока давности. Апелляционный суд, с учетом «характера» соглашения и фактических обстоятельств квалифицировал возникшую

²⁴³ Adlercreutz A., Gorton L. Avtalsrätt II, 6th ed. Juristförlaget, Lund, 2010. P. 29.

²⁴⁴ Hedwall M. Tolkning av kommersiella avtal, 2nd ed. Norstedts juridik, Stockholm, 2004. P. 82.

²⁴⁵ Lander J. Integrationsklausuler & avtalat krav på skriftlighet – Två boilerplateklausuler ur ett rättssäkerhetsperspektiv // Lund University. 2018. URL: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/record/8941555/file/8949417.pdf>.

ситуацию как пробел в договоре и восполнил его, удовлетворив требования кредитора²⁴⁶.

Франция (*interprétation créatrice*). Механизм восполнительного толкования не регламентирован гражданским законодательством Франции. Гражданский кодекс не предусматривает понятий, аналогичных «подразумеваемым условиям». Вместе с тем французское право разработало инструменты, выполняющие аналогичные функции.

Вэй А. отмечает, что «хотя понятие "подразумеваемые условия" [*obligation implicite*] не используется, из анализа законодательных положений и прецедентного права следует, что восполнение договоров условиями является обычной практикой французских судов»²⁴⁷.

Рассмотрим кратко такие законодательные положения:

- Статья 1194 – Договоры являются обязательными не только в (ранее 1135) отношении того, что в них выражено, но и в отношении всех последствий, предусмотренных справедливостью, обычаем или законом.
- Статья 1188 – В договорах следует искать общее намерение (ранее 1156) договаривающихся сторон, а не обращать внимание на буквальное значение условий. Если такое намерение не может быть установлено, договор толкуется согласно тому значению, которое придавалось бы разумным лицом, поставленным в соответствующее положение.

Вышеуказанные статьи позволяют французским судам использовать, по сути, аналогичные подразумеваемым условиям в Англии механизмы. Несмотря на очевидное предназначение таких положений для толкования явно выраженных условий, статья 1194 Гражданского кодекса Франции используется расширительно для восполнительного толкования на основе

²⁴⁶ См. Svea hovrätt mål nr T 522-01.

²⁴⁷ Vey A. Assessing the Content of Contracts: Implied Terms from a Comparative Perspective // European Business Law Review, No. 26/2011, 2011, P. 12. URL: <https://ssrn.com/abstract=1837545>.

статутных законов, восполнения договора положениями на основе обычаев, а также восполнения разработанными судебной практикой подразумеваемыми обязательствами (*obligations implicites*).

Формально действуя в рамках статьи 1188 Гражданского кодекса Франции, в поиске «общего намерения сторон» (*commune intention des parties contractantes*) судьи формулируют обязательства, которые изначальным договором прямо предусмотрены не были, что именуется восполнительным толкованием (*interprétation créatrice*).

В деле *Radio play, 1974* радиостанция, заказавшая у автора пьесу и выплатившая драматургу за нее комиссионные без возражений, отказалась от ее трансляции. Суд постановил, что трансляция пьесы была частью обязательств радиостанции по договору, даже если стороны прямо не оговорили это при заключении договора, в связи с чем за отказ от этого должна была понести ответственность в виде возмещения убытков²⁴⁸.

В ряде других дел со схожими фактическими обстоятельствами кассационный суд восполняет договоры, содержащие условия об индексации. Так, если индексация, которую стороны долгосрочного договора выбрали для определения будущих колебаний подлежащей уплате цены, оказывается недействительной в силу прекращения публикации сведений о таком индексе, суды находят наиболее близкий по смыслу действующий показатель и восполняют таким образом пробел²⁴⁹.

Такие случаи близки к английским подразумеваемым фактически условиям, хотя французской доктрине и неизвестны сопутствующие им тесты. В связи с этим, на практике возникают определенные сомнения относительно того, действительно ли суд обратился именно к субъективным позициям участников, либо лишь такой отсылкой прикрыты соображения добросовестности в понимании правоприменителя. По мнению Цвайгерта К. и Кётца Х., «поскольку судье редко удастся установить подлинную общую

²⁴⁸ См. Civ. 2 Apr. 1974, Bull.cass. 1974.I. no. 109.

²⁴⁹ См. Civ. 9 Nov. 1981, Bull.cass. 1981.I. no. 332; Civ. 18 July 1985, Bull.cass. 1985.III. no. 113.

волю сторон, он в своей практической деятельности не сможет избежать обращения к "объективным" мнениям»²⁵⁰.

Вышеприведенный анализ наглядно отражает подходы к восполнительному толкованию в романо-германской правовой семье, в частности – в группах романского права (Франция), германского права (Германия, Австрия) и скандинавского права (Швеция).

Необходимо отметить, что указанные рассмотренные подходы представляют собой наиболее разработанные доктринально и практически случаи. Они, однако, не являются исключениями.

Многие другие европейские юрисдикции имеют похожую правовую основу и допускают восполнение договорных пробелов.

В §35 Гражданского кодекса Словацкой Республики прямо предусмотрено, что волеизъявление может быть осуществлено путем действия или бездействия и что оно может быть сделано явно или любым другим способом, который не ставит под сомнение то, что хотел выразить участник. При толковании волеизъявлений, сделанных не явно, необходимо учитывать волю действующего лица и защищать добросовестные ожидания лица, которому волеизъявление было адресовано²⁵¹.

Согласно §23(1) Закона Эстонской Республики об обязательствах, обязательства сторон могут быть установлены в договоре или предусмотрены законом. Обязательства сторон могут также вытекать из: характера и цели договора; любой практики, которую стороны установили между собой; любого обычая, наблюдаемого в профессии или сфере деятельности сторон; принципов добросовестности и разумности²⁵².

Закон Королевства Дании о договорах в §36 предусматривает, что договор может быть изменен или отменен полностью или частично, если его

²⁵⁰ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. – Том 2. – Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 1998. – С. 109.

²⁵¹ Гражданский кодекс Словацкой Республики (Občiansky Zákonník z 26.02.1964 no. 40/1964 Zb.) // URL: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/1964/40/20160701>.

²⁵² Закон Эстонской Республики об обязательствах (Võlaõiguseadus jõustumine 01.07.2002) // URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507022018004/consolide>.

исполнение было бы неразумным или противоречило бы принципам добросовестности; то же самое относится и к другим юридическим актам. При принятии такого решения учитываются обстоятельства, существовавшие в момент заключения договора, условия договора и последующие обстоятельства²⁵³.

Согласно § 206(4) Гражданского кодекса Венгерской Республики 1959 года, если в соглашении сторон не предусмотрен вопрос, имеющий второстепенное значение, и если этот вопрос не урегулирован каким-либо нормативным актом или другим законодательным положением, суд может с учетом цели и содержания договора дополнить условия договора на основе стандартных мер²⁵⁴.

Аналогичный механизм действует и в странах Пиренейского полуострова. В португальском праве восполнительное толкование достигается путем применения общих принципов, касающихся молчаливых волеизъявлений, толкования и заполнения пробелов в договоре, а также добросовестного исполнения обязательств (см., например, статью 217 Гражданского кодекса Португалии²⁵⁵). В Испании статья 1258 Гражданского кодекса предусматривает, что договорные обязанности могут возникать даже в том случае, если они не были прямо согласованы; при условии, что они соответствуют природе договора, обычаям и практике, закону и добросовестному исполнению²⁵⁶.

Из приведенного анализа ясно следуют два подхода, прослеживаемых во всех рассмотренных юрисдикциях континентальной правовой системы.

²⁵³ Закон Королевства Дании о договорах (Aftalelov nr 193 af 02.03.2016) // URL: <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2016/193>.

²⁵⁴ Гражданский кодекс Венгерской Республики (Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről 1959) // URL: <https://njt.hu/jogszabaly/1959-4-00-00>.

²⁵⁵ Гражданский кодекс Португалии (Código Civil n.º 47344 de 25.11.1966) // URL: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358>.

²⁵⁶ Гражданский кодекс Испании (Código Civil de 24.07.1889) // URL: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con).

Первый подход – *субъективный* – основан на выявлении гипотетической воли конкретных сторон с учетом их потенциальных намерений в конкретной ситуации.

Суды предлагают различные формулировки вопросов, ответы на которые призваны помочь выявить такую гипотетическую волю. Что, в свете конечной цели договора, стороны должны были бы сказать, если бы они урегулировали данный вопрос? Как бы стороны урегулировали ситуацию, если бы они знали или думали о ней в момент заключения договора? О чем бы договорились разумные и честные стороны, принимая во внимание конкретные интересы?

По существу, все такие вопросы-тесты имеют одну цель – поставить правоприменителя на место сторон в момент заключения договора, интерпретировать уже известные обстоятельства для того, чтобы сделать наиболее вероятное предположение о том, каким могло бы быть волеизъявление сторон по спорному вопросу.

Предметом интерпретации при таком подходе становятся как любые уже имеющиеся проявления воли – непосредственно текст договора, характер согласованных условий, планируемая к достижению цель и основа (кауза) сделки, так и общие и индивидуальные интересы сторон. Иными словами, суд ставит себя на место сторон, а не на место объективного наблюдателя.

Субъективный подход направлен, как представляется, на предотвращение риска ущемления автономии воли сторон. Действительно, выбор условия осуществляется за стороны третьим лицом (судом), однако здесь усмотрение ограничено необходимостью осуществить все разумные действия для минимизации собственной дискреции. Именно поэтому в рассмотренных юрисдикциях субъективный подход так или иначе ставится на первый план.

Однако было бы неправильно говорить, что субъективный подход может быть применен всегда. Объективные обстоятельства действительности, правила оценки доказательств, степень кооперации участников и даже сам

факт возникновения спора и следующее из него процессуальное соперничество сторон в некоторых случаях исключают возможность суда сделать предположение о гипотетической воле в прошлом с разумной степенью достоверности (не говоря уже о более высоких стандартах).

Второй подход – *объективный* – предполагает выявление гипотетической воли абстрактных разумных сторон на регулирование вопроса в имевшихся на момент заключения обстоятельствах.

Отправной точкой для правоприменителя становится положение разумных и добросовестных сторон договора – то, о чем они могли бы договориться для достижения цели договора²⁵⁷. Объективный подход допускается в том числе по причине наличия закрепленного в кодифицированных актах принципа добросовестности и разумности.

В отличие от субъективного подхода, в котором суд пытается максимально приблизиться к намерениям сторон, применение доброй совести основано на соображениях суда о справедливом распределении и балансе интересов сторон. Иными словами, суд ставит себя не на место сторон, а на место объективного наблюдателя.

Как указывали Тай Ю.В. и Будылин С.Л., «субъективные намерения сторон – вопрос факта, но мнение воображаемого объективного наблюдателя по поводу этих намерений – это вопрос права»²⁵⁸. В этой связи абсолютно логично, что правоприменитель уделяет меньшее внимание доказательствам имевшихся на момент заключения договора намерений сторон. Однако неверным было бы утверждать, что исследование и оценка доказательств не осуществляются: судам по-прежнему необходимо установить контекст

²⁵⁷ О связи принципа добросовестности и объективном методе толкования говорит, например, Хесселинк М.В.: «В ряде правовых норм норма о толковании с опорой на добрую совесть прямо закреплена в законодательстве, а там, где такая норма отсутствует, на помощь приходит судебная практика. В частности, на принципе добросовестности основан объективный метод толкования, исходящий из практической цели договора» (см. Хесселинк М.В. Принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 8. С. 157 – 187).

²⁵⁸ Тай Ю.В., Будылин С.Л. Что написано пером, то исправлено судом. Дело о ректификации договора. Комментарий к решению Апелляционного суда Англии и Уэльса от 31 июля 2019 года по делу FSHC Group Holdings Ltd v. Glas Trust Corporation Ltd (Rev. 1) [2019] EWCA Civ. 1361 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2022. № 8. С. 41 – 62.

объективной действительности, в рамках которой разумные участники заключили бы соглашение по спорному условию.

В то время как такой подход может быть оправдан в случае грубых нарушений указанного баланса или когда субъективный подход не дал результата, риск ущемления автономии воли сторон прослеживается также ясно, как и в случае с толкованием явно выраженных условий. В результате применения принципа добросовестности стороне могут быть вменены обязанности или она может быть лишена тех благ, которые она соответственно не намеревалась нести или намеревалась получить.

Таким образом, и общее право, и континентальные правовые системы признают, в целом, одни и те же принципы восполнения пробелов в договоре. В силу различия источников права традиция гражданского права склонна восполнять пробелы в договоре путем применения диспозитивных статутных норм, в то время как общее право чаще применяет доктрину подразумеваемых условий.

Наиболее существенное различие обусловлено, прежде всего, двумя факторами: общее право не основано на кодифицированном законодательстве; в английской правоприменительной практике устоялось мнение о том, что общего правового принципа добросовестности в английском договорном праве не существует (его отсутствие выдается за преимущество английского договорного права, поскольку обеспечивает большую степень правовой определенности)²⁵⁹.

Также следует отметить, что определенные разногласия между двумя системами возникают по вопросу значения воли и волеизъявления при толковании договора, где английское право большее значение придает внешней стороне, континентальное – внутренней, а также вопросу учета в процессе толкования принципа добросовестности²⁶⁰.

²⁵⁹ Аракелян А.А. Добросовестность в английском договорном праве (анализ прецедентов Верховного суда Англии и Уэльса) // Актуальные проблемы российского права. 2022. № 5. С. 207 – 213.

²⁶⁰ Усачева К.А. К вопросу о различии традиций договорного права в странах common law и правовых порядках континентально-европейского типа // Вестник гражданского права. 2021. № 3. С. 108 – 116.

Разумеется, эти различия, являющиеся результатом разных правовых традиций, не могут быть легко примирены, поскольку это потребовало бы гармонизации отношения к источникам права и роли судебного прецедента, что вряд ли возможно.

2.3. Восполнение договорных пробелов в актах мягкого права

Механизмы восполнения в странах континентальной правовой системы, как было показано в параграфе 2.2 настоящего исследования, сформировались до XXI века.

Последние тенденции в рамках гражданско-правового регулирования отмечаются стремлением к гармонизации нормативных актов, как минимум в рамках государственных объединений.

Существующие рамки договорного права Европейского Союза, в том числе рассмотренных юрисдикций, показали необходимость дальнейших усилий для решения вопроса сближения регулирования государств-членов²⁶¹.

Данная цель достигается путем создания и распространения на практике международных унифицированных актов, не имеющих обязательного характера, но отражающих общеправовые и общеполитические тенденции.

Прежде чем перейти к непосредственному анализу методики *ad-hoc* восполнения, следует обратить внимание на место *soft law* в российском правоприменении на современном этапе. Вопрос становится все более актуальным в условиях изменения геополитических направлений развития России как страны, открытой к международному диалогу, что было также отмечено в Послании Президента РФ Федеральному собранию 21.02.2023²⁶².

Проблематика, а также одна из причин рассмотрения подобных актов в рамках настоящего исследования связана с довольно часто обсуждаемым вопросом допустимости их выбора в качестве применимого права к договорам.

До и некоторое время после реформы гражданского законодательства в России применение международных унификационных актов (как, например, Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА) при

²⁶¹ Болтенкова Ю.А., Морозова А.Е. Концепция Draft Common Frame of Reference и ее назначение в рамках процесса гармонизации права в европейском Союзе // Наука без границ. 2018. № 2 (19). С. 32.

²⁶² О статусе таких актов как послания Президента см., например, Хидзев А.Т. Акты главы государства в системе законодательства (сравнительно-правовое исследование): дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2017.

рассмотрении споров государственными судами не допускалось. Зыкин И.С., например, отмечал, что их применение способно «породить значительную неопределенность, а также привести к неоправданному умалению национальных законов, принимаемых с соблюдением установленной процедуры высшими органами законодательной власти»²⁶³. Вторая группа исследователей (например, Кискачи М.А.) отстаивала позицию о допустимости выбора подобных правовых инструментов²⁶⁴.

Применение актов «мягкого» права при этом было возможно при рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже с учетом Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» и активно использовалось в практике арбитражных учреждений на территории России²⁶⁵.

В дальнейшем Верховный Суд РФ подтвердил допустимость выбора таких актов в качестве применимого права к договорам, осложненным иностранным элементом, отметив, что стороны таких договоров также вправе выбрать документы, содержащие правила, рекомендованные участникам оборота международными организациями или объединениями государств (например, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Европейские принципы договорного права, Модельные правила европейского частного права). Такие правила применяются только при наличии прямо выраженного соглашения сторон. Вопросы, которые не могут быть решены в соответствии с такими выбранными сторонами документами, а также общими принципами, на которых они основаны, подлежат разрешению в соответствии с внутригосударственным правом, определенным в соответствии с соглашением сторон или коллизионными нормами²⁶⁶.

²⁶³ Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сб. ст. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2016. С. 85.

²⁶⁴ Кискачи М.А. Допустимость выбора Принципов УНИДРУА в качестве применимого права в случае рассмотрения спора в суде // Российский юридический журнал. 2019. № 5. С. 153 – 167.

²⁶⁵ См. Решение МКАС при ТПП РФ от 14.05.2018 по делу № 246/2016 // СПС «КонсультантПлюс», Решение МКАС при ТПП РФ от 19.02.2020 по делу № М-170/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶⁶ Пункт 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами РФ» // СПС «КонсультантПлюс».

Комментируя данное разъяснение, Малкин О.Ю. отмечал, что «Верховный Суд РФ воспринял подход, присущий практике МКАС при ТПП РФ и других арбитражных центров, в части возможности выбора и применения к существу спора Принципов УНИДРУА»²⁶⁷.

Необходимо отметить, что несмотря на изменившиеся геополитические условия указанное разъяснение Верховного Суда РФ остается действующим и даже применяется судами²⁶⁸. Акты «мягкого» права – те же Принципы УНИДРУА продолжают (пусть и субсидиарно) применяться при разрешении споров²⁶⁹, а суды оценивают соглашения сторон на предмет их выбора в качестве применимого права²⁷⁰.

Соответственно, анализ данных документов может дать не только теоретическую основу в отношении механизмов восполнения пробелов, но и практическую значимость для потенциального правоприменения в России.

Рассмотрим содержащиеся в них положения подробнее²⁷¹.

Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (PICC 2016). В PICC 2016²⁷² учтен опыт подготовки предшествующих международных унифицированных актов, используются правовые концепции, характерные для большинства национальных правовых систем, а по некоторым вопросам предлагаются наиболее подходящие решения, хотя пока и не признанные повсеместно, но отвечающие потребностям международного коммерческого оборота²⁷³.

²⁶⁷ Малкин О.Ю. Выбор принципов УНИДРУА в качестве применимого права: использование государственными судами подходов МКАС при ТПП РФ // Третейский суд. 2022. № 1. С. 79 – 82.

²⁶⁸ См. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 31.10.2023 по делу № А40-19954/23-68-150 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁶⁹ См. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31.10.2023 по делу № А40-21745/2023 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁷⁰ См. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14.03.2023 по делу № А50-7813/2022 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁷¹ Бедротов В.Э. Роль юридической герменевтики в толковании договора и восполнении пробелов // Мониторинг правоприменения. 2024. № 3. С. 48 – 53.

²⁷² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) 2016 / International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Rome. 2016.

²⁷³ Муратова О.В. Акты «мягкого» права как регуляторы частноправовых отношений // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 4 (53). С. 628.

Принципы в том числе в редакции 2016 года регламентируют наработки одновременно и континентальной системы, и общего права:

- 4.8 PICC – (1) Если стороны договора не пришли к соглашению в том, что является важным для определения их прав и обязанностей, то договор выполняется условием, представляющимся соответствующим при данных обстоятельствах.
- (2) При определении, какое условие является соответствующим, должны быть, помимо прочих факторов, приняты во внимание: (a) намерение сторон; (b) характер и цель договора; (c) добросовестность и честная деловая практика; (d) разумность.
- 5.1.1 PICC – Договорные обязательства могут быть прямыми или подразумеваемыми.
- 5.1.2 PICC – Подразумеваемые обязательства вытекают из: (a) характера и цели договора; (b) практики, которую стороны установили в своих взаимоотношениях; (c) добросовестности и честной деловой практики; (d) разумности.

В официальном комментарии к PICC 2016 указывается, что пробелы считаются возникшими, когда после заключения договора возникает вопрос, который стороны вовсе не решили в своем договоре либо потому, что они предпочли его не касаться, либо просто потому, что они его не принимали во внимание.

Условия, выполняемые согласно статье 4.8, должны соответствовать обстоятельствам конкретного случая, в частности, в отношении долгосрочных договоров. Для того чтобы определить, является ли условие соответствующим, прежде всего следует учесть намерение сторон, которое должно быть выяснено помимо прочих факторов из условий, прямо

выраженных в договоре, любых преамбулах к договору, из предшествующих переговоров или любого поведения после заключения договора.

Если намерение сторон не может быть выявлено, подлежащее исполнению условие может быть определено в соответствии с характером и целью договора, принципами добросовестности и честной деловой практики и разумностью²⁷⁴.

Европейские принципы договорного права (PECL 2003). На рубеже тысячелетий огромная работа по сравнительно-правовому анализу была проведена при создании PECL 2003: как отмечает Ахаимова Е.А., они являлись последней (на тот момент) унификацией принципов нового *lex mercatoria* и получили наиболее широкое применение как участниками торгового оборота, судами, так и законодателями европейских стран²⁷⁵.

Проект PECL 2003²⁷⁶ содержит следующее положение:

6:102 PECL – Помимо прямо выраженных условий, договор может содержать подразумеваемые условия, которые происходят из (а) намерения сторон, (b) характера и цели договора, и (с) добросовестности и честности сделки.

В данной статье предпринята попытка найти компромисс между заимствованием языка и концепции «подразумеваемых условий» из общего права и в то же время использованием критериев, традиционно связанных с методами толкования в континентальном праве. В результате, как представляется, она охватывает, говоря языком общего права, подразумеваемые законом условия (основанные, например, на разнородных стандартах, связанных с природой договора и соображениями справедливости), а также подразумеваемые фактически условия (путем

²⁷⁴ Комаров А.С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2016. Москва: Статут, 2020. 770 с.

²⁷⁵ Ахаимова Е.А. Реализация Принципов Европейского договорного права в зарубежном законодательстве: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2010. С. 5.

²⁷⁶ Lando O., Beale H. Principles of European Contract Law: Parts 1 and 2. Combined and Revised. Kluwer Law International. The Hague, 1999. 561 p.

ссылки на намерение сторон). Таким образом, разработчики данного акта, по-видимому, намеревались объединить в одном положении оба аспекта английской доктрины²⁷⁷.

Принципы, однако, не получили закрепления на уровне наднационального законодательства, в том числе поскольку создателям не удалось достичь запланированных результатов (причины и детальный анализ проводился, например, Виноградовым А.А.²⁷⁸ и Дроздовым-Тихомировым А.А.²⁷⁹).

Кодекс европейского договорного права (ЕСС 2004). Практически одновременно с разработкой PECL 2003 другим научным учреждением началась подготовка обширного документа, который мог бы стать кандидатом на принятие в качестве наднационального правового акта.

Как отмечал Белов В.А., «Кодекс европейского договорного права [...] – акт, известность и популярность которого ныне вряд ли возможно считать хоть сколько-нибудь широкими, причем не только у нас, в России, но и в Европейском союзе (ЕС) – надгосударственном объединении, для нужд которого он предназначался и проектировался. На фоне своих куда более успешных "собратьев" [...] проект Кодекса европейского договорного права без преувеличения можно было бы назвать *terra incognita*»²⁸⁰.

Несмотря на довольно малую популярность и неполучение практического применения, данный акт имеет некоторое промежуточное решение в вопросе восполнительного толкования в актах гармонизации европейского права:

32 ЕСС – Помимо условий, прямо выраженных, договор считается включающим и такие условия, которые:

²⁷⁷ Dedek H. Art 6:102: Implied Terms (August 11, 2017) / Commentaries on European Contract Laws, Jansen N., Zimmermann R. (eds.). Oxford University Press. Oxford. 2017. URL: <https://ssrn.com/abstract=3247953>.

²⁷⁸ Виноградов А.А. Процесс гражданско-правовой унификации и гармонизации договорного права в европейском союзе: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2010.

²⁷⁹ Дроздов-Тихомиров А.А. Свод принципов договорного права как инструмент регулирования сделок в международном коммерческом обороте: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011.

²⁸⁰ Белов В.А. Кодекс европейского договорного права – European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий: в 2 кн. М.: Юрайт, 2015. Кн. 1. 308 с.

- (a) установлены ЕСС, законодательством ЕС или национальным, хотя бы и вместо отличающихся условий, введенных сторонами;
- (b) вытекают из обязанности добросовестности;
- (c) должны быть сочтены молчаливо предполагаемыми сторонами исходя из их предыдущих сделок, переговоров, обстоятельств конкретного случая, применимых общих и местных обычаев;
- (d) должны быть сочтены необходимыми в свете того, что договор может порождать правовые последствия, на которые он был направлен его сторонами.

Модельные правила европейского частного права (DCFR 2009). Логическим продолжением PECL 2003 и ЕСС 2004 (в меньшей степени) стала разработка DCFR 2009, вобравшей в себя гармонизированные принципы не только договорного, но и других отраслей права. Обязательственная часть, между тем, также претерпела изменения.

- II-9:101 DCFR – (1) Условия договора могут быть выведены из прямого или подразумеваемого соглашения сторон, из правовых норм или из практики, установившейся во взаимных отношениях сторон, либо из обычаев.
- (2) В случае необходимости решения вопроса, который стороны не предвидели или не решили, суд может исходить из наличия дополнительного условия, учитывая при этом, в частности: (a) природу и цель договора; (b) обстоятельства, при которых договор был заключен; а также (c) требования добросовестности и честной деловой практики.
- (3) Условия, указанные в пункте (2), должны, насколько это возможно, быть такими, чтобы

создавать последствия, с которыми стороны, предусмотрели они условие в договоре, вероятно, согласились бы.

(4) Пункт (2) не применяется, если стороны намеренно оставили вопрос неразрешенным, принимая последствия такого решения.

Как можно заметить, в отличие от разработчиков PECL 2003, в данном документе добавлено больше деталей и произведена попытка уточнить объем дискреции суда по восполнению пробелов, которые, как прямо указано, должны являться непреднамеренным упущением.

Вместо прямого упоминания «намерений сторон» в качестве источника происхождения подразумеваемого условия, пункт (3) предписывает необходимость соответствия такого восполняемого условия гипотетической воле сторон.

В официальном комментарии к DCFR 2009 приводится следующий пример. Стороны могли последовательно отвергать один тип решения и последовательно выбирать другой тип решения в отношении ряда предвиденных проблем. В таких обстоятельствах было бы разумно заключить, что они, вероятно, применили бы тот же подход к непредвиденной проблеме. В других случаях оценка того, что стороны, вероятно, согласовали бы, должна быть основана на более общих соображениях. Например, обычно оправданным является предположение, что стороны хотели бы, чтобы договор был исполнен справедливым, разумным и практически осуществимым образом.

Слова «по возможности» включены для того, чтобы предусмотреть ситуацию, когда невозможно прийти к какому-либо выводу о том, что стороны, вероятно, согласовали бы в пределах диапазона справедливых,

разумных и практически осуществимых решений, но когда все же необходимо включить дополнительное условие для придания договору силы²⁸¹.

Целью подготовки подобных актов, помимо распространения единообразных форм гражданско-правовых отношений в локальных рамках, является сближение национальных правовых систем. Даже если они не принимаются наднациональными органами в качестве нормативных правовых актов, тем не менее их влияние не стоит недооценивать.

Регулярное использование модельных принципов на практике субъектами экономической деятельности или же инициативность органов-регуляторов в конечном итоге могут привести к имплементации отдельных положений в национальное законодательство.

Такой опыт выявлен в Литовской Республике, которая в ходе реформы Гражданского кодекса Литвы 2000 года²⁸² переняла многие идеи из ранних редакций PECL и PICC, в том числе в отношении механизмов заполнения пробелов:

- | | |
|--------------------------|---|
| статья 6.195
ГК Литвы | – Если стороны оставили без обсуждения определенные условия, необходимые для исполнения договора, такие пробелы в договоре по требованию одной из сторон могут быть устранены судом при определении надлежащих условий с учетом диспозитивных правовых норм, намерений сторон, цели и существа договора, критериев добросовестности, разумности и справедливости. |
| статья 6.196
ГК Литвы | – 1. Условия сторон могут быть явными или подразумеваемыми.

2. Подразумеваемые условия вытекают из существа и цели договора, характера отношений, сложившихся |

²⁸¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / Ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I – VI. Munich, 2009. P. 606.

²⁸² Гражданский кодекс Литовской Республики (Respublikos civilinio kodekso 18.07.2000 Nr. VIII-1864) // URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.245495>.

между сторонами, критериев добросовестности, разумности и справедливости.

Указанные правила позволили литовским судам заполнять пробелы в договорах – механизм получил название *Sutarties spragu užpildymas*.

Микеленас В. отмечает, что имплементация международных унифицированных правил в национальные законы требует и в то же время зависит от единообразия судебной практики с использованием компаративистских методов, достичь которой сложнее, чем принять единый закон²⁸³.

Приведенный выше анализ отражает правила *ad hoc* восполнения в унифицированных модельных правилах, допускаемых Верховным Судом РФ в качестве возможного применимого права в договорных отношениях.

Разумеется, данный перечень не исчерпывающий – и высшая судебная инстанция вполне обоснованно использовала открытые формулировки в своем разъяснении. Очевидно, что в дальнейшем могут и, вероятнее всего, будут появляться новые акты транснационального коммерческого права, импонирующие участникам правоотношений.

Механизмы восполнения договорных пробелов и соответствующие положения, допускающие наличие подразумеваемых на основе воли сторон условий, содержатся и в других похожих документах, например, Своде принципов, правил и требований *lex mercatoria*, составленном Центром транснационального права (СЕНТРАЛ) (The CENTRAL List of *lex mercatoria* Principles, Rules and Standards) (пункт IV.6.1). В целом, все они в той или иной степени следуют какому-либо из регулирований, описанных выше.

Довольно точное обобщение предлагает в своих компаративистских работах Смитс Дж.: заполнение пробелов *ad-hoc* – означает, что пробел в конкретном договоре двух конкретных сторон заполняется условиями, которые необходимы для работы договора и которые стороны согласовали бы,

²⁸³ Mikelenas V. The Main Features of the New Lithuanian Contract law System Based on the Civil Code of 200 // *Juridica International*. No. 10. 2005. P. 50.

если бы подумали об этом. Предполагаемое намерение сторон (их «гипотетическая воля») служит основой для этого – по общему признанию умозрительного – упражнению²⁸⁴.

В качестве итога справедливо было бы заметить определенные различия в подходах актов *lex mercatoria* к закреплению механизмов восполнения (см. Приложение 3 – таблица 3. Таблица сравнения механизмов восполнения в актах мягкого права).

Дело касается не только принимаемых в качестве преимущественных подходов – романо-германской системы или системы общего права, – как было показано ранее, общая картина является весьма схожей. Более важные отличия проявляются в тех источниках, которые могут быть использованы для установления содержания подразумеваемых договорных условий и вытекающих из них обязательств.

Для установления подразумеваемых условий акты мягкого права предлагают использовать существо (характер, природа) и цель договора, намерение сторон и обстоятельства заключения договора, практику взаимоотношений сторон, а также обычаи и принципы добросовестности, разумности и честной деловой практики.

²⁸⁴ Smits J. Contract Law: A Comparative Introduction. 3rd ed. Cheltenham, 2021. P. 130.

ГЛАВА 3. ПОДРАЗУМЕВАЕМЫЕ УСЛОВИЯ ДОГОВОРА В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

3.1. Восполнение воли сторон в российской доктрине и правоприменительной практике

Обозначенная в главе 1 настоящего исследования проблематика договорных пробелов по существу до сих пор остается нерешенной. Российское гражданское и договорное право по-прежнему обходит стороной данный вопрос, и попытки дальнейшего урегулирования по какому-либо пути (аналогичному системе общего права, романо-германским или уникальным российским механизмам) не предпринимаются.

Сложившаяся ситуация безусловно ставит перед сторонами потенциальных договорных споров и правоприменителями, которым такие споры предстоит разрешать, как минимум две крайне важные проблемы при наличии договорного пробела: как разрешать споры в отсутствие применимых норм закона (императивных и диспозитивных) и как разрешить спор, не нарушив свободу воли сторон судебным вмешательством.

Эти проблемы мы рассмотрим далее в настоящей главе, однако прежде следует обратиться к действующей системе разрешения споров в ситуации договорных пробелов.

Начнем с некоторого шага назад – с толкования явно выраженных условий договора. Хотя данная тема может стать и становилась неоднократно предметом научных изысканий, к теме настоящего исследования она имеет опосредованное отношение. Несмотря на то, что толкование прямо выраженных условий (пусть они и выражены не всегда с достаточной степенью определенности) относительно тесно связано с восполнением упущенных сторонами условий, в науке сложился подход, при котором данные институты следует однозначно отграничивать. Такой позиции

придерживается, например, Карапетов А.Г.²⁸⁵, с чем определенно следует согласиться.

В связи с этим лишь коротко отметим, в каком виде в данный момент представлена действующая система толкования договорных условий. В результате продолжительного формирования и в ходе реформы гражданского права середины десятых годов прошлого десятилетия, и в ходе судебного правотворчества высших судебных инстанций²⁸⁶, мы имеем относительно устойчивый и разработанный механизм, состоящий из последовательных методов толкования. В самом общем виде он включает в себя следующие методы, которые применяются поэтапно: буквальное (грамматическое), системное (логическое) и субъективное (историческое) толкование²⁸⁷. Данный перечень в то же время не является исчерпывающим и закрытым: как отмечает Верховный Суд РФ, иные методы могут содержаться также в правовых актах, вытекать из обычаев или деловой практики, а также могут быть обусловлены иными подходами (пункт 46 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49).

Прежде чем перейти к дальнейшему вопросу, подчеркнем следующие важные аспекты указанной системы. *Во-первых*, примат буквального толкования, а также другие способы сформированы с особым вниманием к действительной воле заключивших договор сторон; их общей воле и цели договора, предшествующим отношениям предоставлена существенная роль в толковательных механизмах. *Во-вторых*, предоставленная судам дискреция применять те или иные подходы к толкованию поставлена в зависимость от обязательного обоснования выбора толкования и необходимости перехода к

²⁸⁵ Комментарий к статье 431 Гражданского кодекса РФ подготовлен Карапетовым А.Г. в соавторстве с Байрамкуловым А.К., см. Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 2.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. – С. 552.

²⁸⁶ Безусловно следует упомянуть роль и постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // СПС «КонсультантПлюс», и постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса РФ о заключении и толковании договора» // СПС «КонсультантПлюс», и других актов.

²⁸⁷ См. статью 431 Гражданского кодекса РФ.

следующему методу. Как представляется, именно эти направления при разработке позволили создать устойчивую систему толкования, и в том числе с их учетом в настоящем исследовании будут сделаны выводы, касающиеся восполнения договорных пробелов.

Как уже было отмечено, причины возникновения договорных пробелов являются различными и во многом зависят от бытовых особенностей заключения договора на практике, в связи с чем вряд ли их классификация представляет весомый научный интерес (за исключением оговоренной ранее классификации договорных пробелов на квалифицированные и случайные в параграфе 1.2 настоящего исследования).

В отличие от указанной выше системы толкования, регулирование отношений сторон при наличии договорного пробела не сформировано в каком-либо едином формате (как это сделано, например, в статье 431 Гражданского кодекса РФ). Проведем анализ и попробуем привести систему регулирования в структурированном виде ниже.

1. Если необходимое условие договора в соглашении сторон отсутствует, регулирование осуществляется применимыми императивными (пункт 2 статьи 422 Гражданского кодекса РФ) и, в случае их отсутствия, диспозитивными нормами (пункт 4 статьи 421 Гражданского кодекса РФ) законодательства.

Диспозитивные нормы закона по отношению к договорному соглашению представляют собой так называемое резервное регулирование, сформированное на основе усредненной воли большинства участников соответствующих отношений²⁸⁸. Брагинский М.И. и Витрянский В.В. отмечают, что «выбор диспозитивной нормой определенного варианта из

²⁸⁸ Концепция усредненной воли социальной группы является устоявшейся и соответствует социально-философским взглядам. Так, например, Гурвич Г.Д. указывал, что «если сложить каждую отдельно взятую волю человека, то можно выявить усредненную волю» (см. Гурвич Г.Д. Руссо и декларация прав. Идея неотъемлемых прав индивида в политической доктрине Руссо. Тип. Б.М. Вольфа, 1918. С. 60). Комментируя его работу, Молчанова О.В. отмечает, что «это способствует «очищению» воли каждого индивида от эмпирического опыта и воля каждого человека получается примерно одинаковой» (см. Молчанова О.В. Развитие И. Кантом идеи о делении граждан на активных и пассивных в «Метафизике нравов» // Юриспруденция, государство и право: актуальные вопросы и современные аспекты. Сборник статей II Международной научно-практической конференции. Пенза. 2020. С. 12.).

множества возможных не случаен. Он, как правило, основан на обобщении договорной практики и в этом смысле представляет собой типичное, многократно проверенное решение»²⁸⁹.

Такой подход прочно укрепился в доктрине частного права: Зайцева Н.В., например, отмечает, что «роль нормы в договоре носит комплементарный характер и применяется по причине возникающего договорного пробела»²⁹⁰.

Количество судебных решений, в которых бы к договорам применялись субсидиарно диспозитивные нормы, крайне велико, в связи с чем они не нуждаются в дополнительном отражении в рамках настоящего исследования.

2. В отсутствие же диспозитивных норм, регулирующих сложившиеся правоотношения, применению подлежит обычай (пункт 5 статьи 421 Гражданского кодекса РФ)²⁹¹.

В восполнительных целях обычай используется в двух условно названных формах²⁹².

2.1. Обычай в придаваемом ему статьей 5 Гражданского кодекса РФ значении.

В чистом виде обычаи редко встречаются в классических гражданских правоотношениях и свойственны более специфичным подотраслям (к примеру, банковские обычаи, морские, торговые и прочие). Пункт 1 статьи 5 Гражданского кодекса РФ определяет в качестве обычая сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения,

²⁸⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереотипное. М.: Статут, 2001. Кн. 1. 848 с. // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹⁰ Зайцева Н.В. Поведенческие стандарты в системе частноправовых отношений // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2023. № 1. С. 97 – 120.

²⁹¹ Однако обычай будет иметь приоритет, если это напрямую предусмотрено диспозитивной нормой – примером такого случая является условие о переходе риска случайной гибели товара в пути (пункт 2 статьи 459 Гражданского кодекса РФ).

²⁹² В данном случае речь не идет о какой-либо классификации обычаев – такие классификации проводились ранее в доктрине, например, Лаптевым В.А., и представляются достаточными (подробнее см. Лаптев В.А. Российские правовые обычаи в предпринимательстве // Право и экономика. 2016. № 2. С. 4 – 9; Лаптев В.А. Международные обычаи в предпринимательском праве // Российская юстиция. 2015. № 5. С. 15 – 19).

независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе²⁹³. Легальное определение обычая, дополнительные доктринальные признаки, не получившие отражение законодателем, а также некоторые иные аспекты данного источника (формы) права уже анализировались ранее, например, Козловой Н.В. и Филипповой С.Ю.²⁹⁴, в связи с чем с учетом направленности настоящего исследования данные вопросы в дальнейшем анализе не будут затронуты.

Отдельно целесообразно отметить лишь, что обычаи могут фиксироваться в печати (либо иных общедоступных источниках), отдельными организациями в силу прямой возложенной на них функции²⁹⁵, либо судами в их постановлениях по конкретному делу, вступивших в законную силу.

В качестве примера восполнения регулирования обычаем приведем дело *Дальневосточная генерирующая компания в. Департамент администрации г. Хабаровска* (дела № А73-6797/2014 и № А73-6798/2014). Сторонами был заключен договор аренды земельного участка, по которому арендатор обязался ежемесячно вносить плату, размер которой устанавливался за 1 год. При этом, стороны не согласовали как будет арендатором производиться расчет от установленного годового размера (за фактическое количество дней в месяце, либо из 1/12 от установленного размера). В дальнейшем арендатор обратился в суд с требованием о взыскании неосновательного обогащения за часть периода, посчитав, что расчет должен производиться из фактического количества дней в месяце. Однако суд указал следующее:

²⁹³ Расширяет данное определение Верховный Суд РФ, называя обычаем не предусмотренное законодательством, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое правило поведения при установлении и осуществлении гражданских прав и исполнении гражданских обязанностей не только в предпринимательской, но и иной деятельности, например, определение гражданами порядка пользования общим имуществом, исполнение тех или иных обязательств (пункт 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса РФ» // СПС «КонсультантПлюс»).

²⁹⁴ Козлова Н.В., Филиппова С.Ю. Обычай в гражданском праве // Журнал российского права. 2019. № 1. С. 62 – 72.

²⁹⁵ В России такой организацией выступает Торгово-промышленная палата РФ в силу подпункта «н» пункта 3 статьи 15 Закона РФ от 07.07.1993 № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в РФ» // СПС «КонсультантПлюс».

«Принимая во внимание изложенные обстоятельства, суд пришел к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения данного требования, поскольку по обычаю делового оборота стороны определили обязанность арендатора ежемесячно оплачивать 1/12 годовой арендной платы, что не противоречит в силу п. 5 ст. 421 и п. 2 ст. 427 ГК РФ. Следовательно, на стороне арендодателя не возникло неосновательного обогащения с 01.01.2013 по 30.08.2013 в размере 650 руб. 34 коп., так как оплата принята в соответствии с заключенным договором»²⁹⁶.

Ссылка суда на пункт 2 статьи 427 Гражданского кодекса РФ в данном случае представляется спорной²⁹⁷ – классический обычай непременно должен быть ограничен от указанной нормы, о которой будет сказано далее.

2.2. Обычай в форме примерных условий в значении статьи 427 Гражданского кодекса РФ.

В виде обычая гражданское законодательство также предписывает рассматривать примерные условия, разработанные для договоров соответствующего вида. Такие примерные условия в качестве обычая будут применяться в случае отсутствия прямой ссылки сторон на их применение и при их соответствии требованиям к обычаям, установленным статьей 5 и пунктом 5 статьи 421 Гражданского кодекса РФ (включая непротиворечие иным прямо предусмотренным условиям).

Так, при рассмотрении спора *РЖД v. Сибпромжелдортранс* (дело № А03-21793/2016) по поводу условий договора эксплуатации железнодорожного пути, суд применил к договору регулирование, соответствующее редакции одного из пунктов примерного договора:

²⁹⁶ Решение Арбитражного суда Хабаровского края от 18.09.2014 по делу № А73-6798/2014 // СПС «КонсультантПлюс» (оставлено в силе Определением Верховного Суда РФ от 25.05.2015 по делу № А73-6798/2014 // СПС «КонсультантПлюс»), аналогичный вывод сделан в Решении Арбитражного суда Хабаровского края от 12.09.2014 по делу № А73-6797/2014 // СПС «КонсультантПлюс» (оставлено в силе Определением Верховного Суда РФ от 25.05.2015 по делу № А73-6797/2014 // СПС «КонсультантПлюс»).

²⁹⁷ Спорной также представляется мотивировка решений суда, поскольку выводы о применении обычая связан в том числе с предшествующими действиями сторон (арендодатель регулярно выставял платеж в размере 1/12 установленного размера платы, арендодатель регулярно его оплачивал). Однако, учитывая прямую и недвусмысленную квалификацию судом в качестве обычая, оснований для изменения данного вывода вышестоящие судебные инстанции не нашли.

«В силу пункта 5 статьи 421 и пункта 2 статьи 427 ГК РФ в случаях, когда в договоре не содержится отсылка к примерным условиям, а условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, такие примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев, если они отвечают требованиям, установленным статьей 5 ГК РФ (абзац 3 пункта 7 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 "О свободе договора и его пределах"). Редакция пункта 25 договора, предложенная ответчиком, соответствует пункту 26 Примерного договора на эксплуатацию железнодорожного пути необщего пользования (Приложение № 1 к Правилам эксплуатации). С учетом изложенного, на основании пункта 5 статьи 421 ГК РФ, пункт 25 договора подлежит принятию в редакции ответчика.»²⁹⁸.

Приведенный случай следует квалифицировать в качестве примера восполнения с определенной степенью осторожности – спор в указанном случае возник в рамках судебного урегулирования разногласий при заключении договора, то есть между сторонами отсутствовал результат соглашения и, как следствие, договорный пробел в классическом понимании.

3. Поскольку обычаи существуют не повсеместно и их применение ограничено рядом признаков, дальнейшим способом установления регулирования отношений между сторонами законодатель называет аналогию закона и впоследствии – аналогию права (статья 6 Гражданского кодекса РФ).

Для использования указанных механизмов при восполнении требуется ряд условий: отсутствие согласованного сторонами условия, невозможность использования предыдущих источников регулирования, сходство планируемых к применению правоотношений.

Высший Арбитражный Суд РФ в свое время строго ограничил применение по аналогии закона императивных правил к непоименованным договорам лишь в исключительных случаях – когда исходя из целей

²⁹⁸ Решение Арбитражного суда Алтайского края от 07.06.2017 по делу № А03-21793/2016 // СПС «КонсультантПлюс» (оставлено в силе Постановлением Седьмого арбитражного апелляционного суда от 29.08.2017 по делу № А03-21793/2016 // СПС «КонсультантПлюс»).

законодательного регулирования ограничение свободы договора необходимо для защиты охраняемых законом интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов или недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон²⁹⁹.

Применение же диспозитивных норм, регулирующих, например, иной вид договора, для заполнения отсутствия регулирования, с одной стороны, может быть оправдано экономией нормативного материала. С другой стороны, учитывая, что диспозитивные нормы сами по себе имеют резервный характер и, как правило, при их формулировке законодатель не предполагает их применение к другим правоотношениям, возникает риск неоправданного использования установленных правил.

В результате правоприменитель при использовании аналогии закона отдаляется не только от действительной воли сторон, но и от «усредненной» воли участников спорных правоотношений; при аналогии права – в еще большей степени.

Аналогия закона достаточно распространена (например, можно назвать применение положений гражданского законодательства о залоге в связи с отсутствием урегулированности вопроса о стоимости, по которой лизингодатель должен осуществлять продажу имущества³⁰⁰), однако в некоторых случаях суды подходят к подобным ссылкам сторон критично (например, отказ в применении к договору безвозмездного пользования по аналогии правила о преимущественном праве арендатора на заключение договора на новый срок³⁰¹).

4. Последним универсальным методом становится разрешение договорного конфликта в связи с отсутствием прямо выраженного условия

²⁹⁹ Пункт 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰⁰ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.12.2022 по делу № А40-246916/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰¹ Анализ такой ситуации проводился Микрюковым В.А. на основании в том числе практики Высшего Арбитражного Суда РФ (см. Микрюков В.А. Пробелы и аналогии в правовом регулировании безвозмездного пользования имуществом // Вестник арбитражной практики. 2023. № 1. С. 3 – 11).

требованиями добросовестности, разумности и справедливости (статья 6 Гражданского кодекса РФ).

В отсутствие возможности восполнить договорный пробел любым из вышеперечисленных способов, судам предписано обращаться к основополагающим, оценочным и по существу зависящим от восприятия и нравственного уровня каждого конкретного правоприменителя стандартам.

Нравственно-этический характер категорий «добросовестности», «разумности» и «справедливости» предопределяет принципиальную сложность в формировании единообразного подхода к их определению (несмотря, например, на относительно сложившиеся подходы к рассмотрению их в объективном и субъективном смыслах³⁰²). Нельзя не отметить, при этом, доктринальные попытки к установлению их содержания: так, например, Черкасова О.В. предлагает рассматривать добросовестность через призму взаимного доверия и баланса интересов участников, разумность – с учетом рационального свойства, осмысленности и целесообразности, а справедливость – посредством юридического равенства и компромисса частных интересов³⁰³.

Безусловно, требования добросовестности, разумности и справедливости являются универсальным инструментом, с помощью которого могут быть по существу разрешены любые гражданско-правовые споры. Так, Нам К.В. указывает, что задачей принципа добросовестности является «адаптация позитивных правовых норм к [...] особенностям конкретных жизненных ситуаций»³⁰⁴.

Однако имеется и другая сторона, на которую справедливо указывает Зайцева Н.В. – «принцип добросовестности в силу своей абстрактности имеет разное правовое наполнение и, как следствие, влечет различные правовые

³⁰² Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. Т 6. № 1.

³⁰³ Черкасова О.В. Нравственно-этические категории в российском гражданском праве // Юрист. 2021. № 10. С. 2 – 8.

³⁰⁴ Нам К.В. Принцип добросовестности как правовой принцип // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 2. С. 88 – 103.

последствия, которые могут, с одной стороны, заполнить правовой или договорной пробелы, а с другой стороны, создать правовую неопределенность и дестабилизировать гражданский оборот»³⁰⁵.

Указанное последствие находит подтверждение в правоприменительной практике. Так, в последнее десятилетие в правоприменении частое апеллирование к добросовестности и запрету злоупотребления правом стало универсальным инструментом, который в совокупности с широкой судебной дискрецией начал оказывать скорее негативное влияние³⁰⁶.

Таким образом, чрезмерный оценочный характер категорий добросовестности, справедливости и разумности в совокупности с отсутствием обязанности правоприменителей каким-либо образом подтверждать обоснованность их применения, создает крайне высокий риск неоправданного вмешательства в действительные правомерные намерения сторон. Как представляется, указанные принципы не должны становиться панацеей для использования в неограниченных масштабах.

Прежде чем перейти к анализу актуальных выявленных случаев выявления подразумеваемых условий в судебной практике, непременно следует упомянуть важные исследования, проведенные ранее.

Важные выводы в указанном направлении сделаны в прошлом десятилетии на основе последних на тот момент актов Высшего Арбитражного Суда РФ. Так, обращаясь к одному из постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ и Особому мнению судьи Сарбаша С.В.³⁰⁷, авторы приходили к: необходимости обоснования в достаточной степени, на что направлена воля сторон, необходимости инструмента, позволяющего «учитывать конкретные обстоятельства, а не типичные волеизъявления, положенные в основу диспозитивного регулирования», и необходимости

³⁰⁵ Зайцева Н.В. Принцип добросовестности и его влияние на квалификацию правовых связей // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. № 3. С. 476 – 501.

³⁰⁶ Рыжов Н.А. О некоторых моментах реализации судами статьи 10 Гражданского кодекса РФ // Юрист. 2017. № 8. С. 14 – 17.

³⁰⁷ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22.03.2011 по делу № А60-62482/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

обращения к гипотетической воле как фактору, ограничивающему судебское усмотрение³⁰⁸.

Под влиянием ли указанной доктринальной работы, либо с учетом каких-то иных факторов, в судебной практике начинает встречаться больше случаев, в которых суды, опираясь на идеи о необходимости установления гипотетической воли сторон, восполняют договорные пробелы.

В наибольшей степени представляющими научный интерес на момент подготовки настоящего диссертационного исследования представляются следующие случаи.

1. В деле *Норд Империял в. Научно-производственное предприятие ГКС* (дело № А67-5658/2021) судом было восполнено условие о сроках поставки оборудования в ЕРС-контракте. Между заказчиком и подрядчиком заключен комплексный договор строительного подряда, по условиям которого последний также поставляет оборудование.

Поставка каждой позиции оборудования для объекта являлась отдельным этапом работ в графике выполнения работ и предусматривала как дату окончания, так и дату начала каждой поставки. Требования истца-заказчика заключались во взыскании неустойки за просрочку поставки оборудования. Ответчик-подрядчик, в свою очередь, ссылаясь на вину кредитора-заказчика в возникшей просрочке (статья 404 Гражданского кодекса РФ), по его мнению, период отсутствия нарушений с его стороны должен рассчитываться с даты устранения препятствий кредитором и составлять период не от даты начала поставки согласно графику, а с даты заключения договора.

Ни положения ЕРС-контракта, ни тем более императивные и диспозитивные нормы законодательства не учитывали подобные ситуации в своем регулировании.

³⁰⁸ Байрамкулов А.К. Особенности толкования договора в российском гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 227 – 228.

Суд, применяя положения о смешанной вине сторон в нарушении обязательства, осуществил перерасчет неустойки, фактически дополнив ЕРС-контракт условием, которое обе стороны очевидно не могли не предполагать, заключая договор:

«[...] при наличии в Договоре условия о предельном сроке поставки оборудования и установленной обязанности Подрядчика своевременно поставить его, учитывая общую цель заключения Договора, Подрядчик, надлежащим образом заботясь об интересах своего кредитора, должен был спланировать модель своего поведения при исполнении обязательства и предпринять разумные и достаточные действия по закупке или изготовлению подлежащего поставке оборудования, начиная с даты заключения Договора таким образом, чтобы оборудование было поставлено к дате окончания поставки.

Следовательно, периоды просрочки поставки оборудования, в которых отсутствовала вина Заказчика, должны исчисляться с даты устранения недостатков проектной документации, увеличенной на периоды с момента заключения Договора до предельных дат поставок каждой отдельной позиции, указанных в Приложениях № 2 и № 3 к Договору»³⁰⁹.

Иными словами, несмотря на отсутствие договорного условия, суд установил, что исходя из гипотетической общей воли сторон подрядчик должен был заранее приступить к необходимым приготовлениям для поставки оборудования в срок.

2. Дело *Электросигнал* v. *Омсктрансмаш* (дело № А46-832/2020) является примером восполнения *условия о предварительном получении финансирования для оплаты товара*. Между поставщиком-истцом и покупателем-ответчиком заключен договор поставки, согласно которому окончательный расчет в размере 50% от стоимости продукции должен быть произведен в течение 30 дней после поступления последней партии товара.

³⁰⁹ Решение Арбитражного суда Томской области от 01.03.2023 по делу № А67-5658/2021 // СПС «КонсультантПлюс» (вступило в силу, не обжаловано в суде апелляционной и кассационной инстанции).

Основанием для обращения с исковым заявлением стало нарушение обязательств покупателя-ответчика по осуществлению указанного окончательного расчета в срок. Позиция покупателя-ответчика сводилась преимущественно к отсутствию получения денежных средств (финансирования) от генерального заказчика, с которым у него был заключен государственный контракт.

Все три инстанции, рассматривавшие дело, включая суд первой инстанции³¹⁰, не согласились с аргументацией покупателя-ответчика. Суд апелляционной инстанции отметил, что покупатель, размещая заказ на покупку товара, мог и должен был учитывать возможность получения средств на финансирование исполнения спорного договора³¹¹. Однако, более примечательной является изложенная кассационной инстанцией позиция, в которой правоприменитель фактически сформулировал условие договора за стороны:

«[...] при наличии условия о внесении окончательного платежа не позднее декабря 2018 года [покупатель-ответчик], надлежащим образом заботясь об интересах своего кредитора ([поставщик-истец]), должен был таким образом спланировать модель своего поведения при исполнении обязательства и предпринять такие разумные и достаточные действия для получения финансирования от государственного заказчика, чтобы оно состоялось до истечения этого срока.

Негативные последствия несовершения подобных действий ответчиком, а равно возможное нарушение сроков генеральным заказчиком, за действия которого перед [поставщиком-истцом] отвечает [покупатель-ответчик] по статье 403 ГК РФ, не должны ложиться на истца, в правомерные ожидания

³¹⁰ Решение Арбитражного суда Омской области от 29.06.2020 по делу № А46-832/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

³¹¹ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 06.10.2020 по делу № А46-832/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

которого входила только такая продолжительность срока оплаты товара, которая соответствует планируемой модели надлежащего исполнения»³¹².

Общее положение пункта 3 статьи 403 Гражданского кодекса Российской Федерации исключает из числа обстоятельств непреодолимой силы в том числе нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника³¹³. Суды тем не менее фактически вывели новое договорное положение для уже заключенного договора поставки: при наличии заключенного с третьим лицом государственного контракта, являвшегося единственным источником финансирования поставки, покупатель в данном случае обязан был заранее предпринимать действия для своевременного окончательного расчета.

3. Также дело *Медтрейд v. Управление капитального строительства КУ ХМАО* (дело № А75-12374/2019) можно считать случаем восполнения с учетом гипотетической воли сторон условия о подготовке помещения к выполнению работ. Между заказчиком-ответчиком и поставщиком-истцом заключен государственный контракт, последний обязался оказать услуги по доставке, монтажу и вводу в эксплуатацию медицинского оборудования.

Поставщику-истцу было предоставлено право требовать от заказчика подготовки помещения для монтажа оборудования в соответствии с обязательными требованиями. Заказчик-ответчик обязался в том числе обеспечить условия для оказания услуг в части такой подготовки (пункт 3.3.2). Сторонами также был согласован предельный срок поставки оборудования, в отличие от сроков подготовки помещения к монтажу, которые прямо оговорены в государственном контракте не были.

Заказчик-ответчик закончил подготовку помещения лишь спустя год после предельного срока поставки оборудования, в связи с чем поставщик-

³¹² Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 08.02.2021 по делу № А46-832/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

³¹³ Вместе с тем, как представляется, ссылка судов на данное положение является стандартной для отклонения подобной аргументации ответчиков, позволяющей формально защитить интересы должника, который никак не участвует в относительных гражданско-правовых отношениях своего контрагента с третьим лицом.

истец, надлежащим образом исполнивший обязательства, обратился в суд за взысканием неустойки и сопутствующих убытков.

Концептуальными в рамках исследуемой темы представляются выводы кассационной инстанции:

«Фактически, сторонами согласовано потестативное условие о зависимости исполнения обязанности заказчика по своевременной приемке товара (пункт 3.3.3 контракта) от выполнения им обязанности по подготовке помещения для обеспечения сборки оборудования, его установки, монтажа и ввода в эксплуатацию, находящихся в сфере контроля ответчика. [...]

При наличии в контракте условия о предельном сроке поставки оборудования до 25.12.2018, а также установленной обязанности заказчика своевременно принять товар, учитывая общую цель заключения контракта, [заказчик-ответчик], надлежащим образом заботясь об интересах своего кредитора, должен был таким образом спланировать модель своего поведения при исполнении обязательства и предпринять разумные и достаточные действия по подготовке помещения для монтажа оборудования, обеспечив такую готовность до истечения этого срока»³¹⁴.

Стоит обратить внимание на то, что суд кассационной инстанции прямо говорит о том, что стороны фактически согласовали условие не только по своевременной приемке товара, но и по своевременной подготовке помещения для монтажа оборудования.

Выводы суда кассационной инстанции, хоть и формально сделаны посредством толкования имеющихся условий, тем не менее все же опираются больше на отсутствующие положения соглашения, которые стороны очевидно предполагали. В противном случае, коммерческая цель всего договора не могла бы быть достигнута.

³¹⁴ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.08.2021 по делу № А75-12374/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

Проведенный анализ и обозначенные примеры из судебной практики позволяют сформировать общее понимание о сложившейся методологии восполнения на текущем этапе развития договорного права в России.

Основной характеристикой можно назвать логическую системность и последовательность восполнительных механизмов в отсутствие четкого структурирования в рамках одного законоположения.

Первая группа методологических приемов состоит из классических источников регулирования правоотношений – нормы закона, обычаи (в виде обычаев делового оборота и типовых правил), аналогии. Их применение в России, в целом, коррелирует методикам, свойственным как системам общего права, так и иным юрисдикциям континентальных правовых групп.

В России применение первой группы имеет правовую основу в гражданском законодательстве в виде прямых указаний на их применение в отсутствие соглашения сторон по тому или иному вопросу. Более того, Гражданский кодекс РФ содержит и определенные условия для их применения.

Вторая группа в методологии основана на использовании абстрактных норм-принципов добросовестности, разумности и справедливости. Как и в рассмотренных странах континентальной системы, отправной точкой для правоприменителя становится положение разумных и добросовестных сторон договора – то, о чем такие стороны могли бы договориться для достижения цели договора.

Полномочие правоприменителя на их использование при договорном пробеле для определения прав и обязанностей сторон прямо установлено пунктом 2 статьи 6 Гражданского кодекса РФ.

В России, как и во многих юрисдикциях с кодифицированными источниками гражданского регулирования, такие принципы напрямую закреплены в Гражданском кодексе РФ. Правовая природа таких принципов как добросовестность и разумность предопределяет невозможность, а также отсутствие необходимости в их конкретизации. При этом, следует

констатировать отсутствие не только достаточных разъяснений, но и каких-либо применимых непосредственно к восполнению пробелов условий на уровне высших судебных инстанций.

Это приводит, в частности, к отсутствию единообразия в подходах нижестоящих судов к методологии применения норм-принципов, основным последствием чего является высокая степень правовой неопределенности.

Третий методологический прием заключается в субъективном подходе к восполнению упущенных условий договора на основе гипотетической воли сторон. Такой субъективный подход не имеет основы в гражданском законодательстве, он не признан на уровне высших судебных инстанций.

Первые и исключительные случаи подобного заполнения пробелов появились в начале десятых годов текущего столетия, и данный метод получает новую ветвь развития в данный момент. Более-менее систематизированный подход наблюдается в практике арбитражных судов Западно-Сибирского округа, принявших постановления, ставшие основой для анализа в данной части настоящего исследования.

В отсутствие прямого закрепления в гражданского законодательстве, с учетом актуальной тенденции на юридический позитивизм в российском праве, судам для обеспечения устойчивости своих актов приходится скрывать использование субъективного подхода за известными абстрактными принципами.

Данная ситуация относительно схожа с положением французских судов, по сути сталкивавшихся с аналогичными трудностями до реформы своего гражданского законодательства.

С учетом вышеизложенного, в российском договорном праве на уровне судов первой инстанции формируется практика восполнения договорных пробелов – установления гипотетической воли сторон в отсутствие прямо выраженного условия договора. Несмотря на формальное отсутствие в гражданском законодательстве института «восполнения» договоров на основе конкретных предполагаемых намерений сторон, в отличие от иных правовых

систем, российские суды все же формулируют и включают в соглашения сторон условия, которые, по их мнению, необходимы для достижения цели договора и которые отражают общую волю сторон. В связи с этим крайне важной задачей представляется создание для правоприменителей доктринальной теоретической основы, которая могла бы помочь унифицировать данные подходы с учетом опыта иных юрисдикций.

3.2. Критерии выявления подразумеваемых условий договора

Российский подход к поиску подразумеваемых договорных условий с учетом гипотетической воли сторон не имеет достаточной теоретической основы – научная и практическая литература по данному вопросу, которая могла бы предоставить четкую методологическую опору правоприменителям, отсутствует.

Анализ опыта иностранных юрисдикций показывает неперенный комплексный подход к восполнительному толкованию. Существующие в таких странах механизмы впервые были предложены столетия назад, однако до сегодняшнего дня продолжают развиваться и уточняться. Многие вопросы, тесты и критерии в странах общего права и континентальных правовых системах по-прежнему становятся предметом дискуссий.

Вместе с тем, рассмотренные в параграфе 3.1 настоящего исследования случаи судебного восполнения отличаются попыткой более-менее единообразного учета определенных факторов, отражающих предполагаемое решение сторон по упущенному вопросу. Это, в свою очередь, позволяет говорить о формирующейся тенденции на применение схожих критериев установления гипотетической воли сторон в российском договорном праве, по крайней мере, в рамках правоприменительной деятельности.

Обозначенная ситуация является положительным сигналом. Многие правоприменительные подходы, появляющиеся в судебной практике в инициативном порядке, в первое время (зачастую продолжительное) характеризуются бессистемностью. В свою очередь, формирующаяся, относительно унифицированная в рамках округа методика восполнения свидетельствует о зрелости правопорядка и готовности к более прагматичному развитию в области толкования соглашений сторон.

Наличие четких и взаимосвязанных критериев использования какой-либо доктрины позволяет снизить степень правовой неопределенности сторон соответствующих отношений. Опыт национальных юрисдикций позволил

прийти к выводу о внешних различиях используемых критериев при следовании одной общей цели – учету волевых намерений сторон.

Такая цель достигается различными способами, и эмпирическая база российской судебной практики предоставляет некоторое понимание тех ориентиров, на которые опираются правоприменители.

Рассмотрим такие критерии подробнее.

Связь с прямо выраженными договорными условиями. В приведенных примерах можно заметить, что все формулировки *ratio decidendi* восполнения начинаются с привязки к уже существующим, явно выраженным договорным условиям посредством конструкции: «при наличии в договоре/контракте условия о [...] / установленной обязанности [...]», – что свидетельствует о следующем.

Во-первых, такая формулировка заведомо смещает акцент с толкования существующего условия на правило, которое планируется к выведению судом далее. В то же время можно было бы предположить, что таким образом суды стараются в большей степени ассоциировать или подменить восполнительный прием с более знакомым российскому правопорядку системным толкованием договора – однако такое предположение может носить только умозрительный характер.

Во-вторых, что можно отметить более уверенно, – выраженное согласованное волеизъявление получает приоритет перед выводимым судом правилом. Такой подход представляется верным с позиций теории волеизъявления и приматом учета выраженных условий, коррелирующим с подходами иностранных правопорядков.

В-третьих, можно подчеркнуть, что суды таким образом учитывают обстоятельства, связанные со структурой имеющегося договорного правоотношения (о которых говорилось в параграфе 1.3 настоящего исследования).

Иными словами, суды обосновывают свое будущее решение – сформулированное для сторон, но упущенное в тексте договора правило

поведения – с учетом прав и обязанностей, структуры сделки, непосредственно включенных в договор. Тем самым, судом создается основа для логической относимости, своеобразной причинно-следственной связи договорного пробела с имеющимися договорными условиями³¹⁵.

Здесь же и видится проявление характеристики согласованности исполняемого условия, проявляющиеся в необходимости его непротиворечия явно выраженным положениям договора.

Общая цель заключения договора. Далее суды обращают внимание на второй критерий: «учитывая общую цель заключения договора / контракта, [...]».

Договоры имеют обязательственно-правовой характер, направленный на удовлетворение взаимосвязанных, встречных, но различных по содержанию интересов сторон. Как указывает Петрова Д.С., юридически значимой целью договора выступает лишь та цель, которая «(1) выводима из условий и/или существа договора и фактических обстоятельств заключения договора (допустима как явно выраженная, так и подразумеваемая цель), (2) каузальна, то есть послужила ключевым фактором при принятии решения о вступлении в сделку»³¹⁶. В своих работах она также подчеркивает в отношении общности цели договора, что «цель должна быть для одной из сторон причиной вступления в соглашение, а для другой обстоятельством, которое не просто известно, но осознается при совершении сделки и влияет на ее условия»³¹⁷.

В связи с этим, учет общей цели заключения договора с доктринальных позиций при толковании, в том числе восполнительном, представляется более чем обоснованным. В то же время, посредством учета цели договора суды

³¹⁵ Что согласуется и с высказывающимися в современной доктрине взглядами на договор с волевой стороны как на «систему волеизъявлений, каждое из которых по отдельности не имеет юридического значения».

³¹⁶ Петрова Д.С. Последствия отпадения цели договора в российском праве и английский институт frustration of purpose: сравнительный анализ: дисс. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2021. С. 199.

³¹⁷ Петрова Д.С. Тщетность цели договора как частный случай тщетности договора по английскому праву // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 12. С. 158 – 173.

принимают во внимание обстоятельства, связанные с объектом правоотношения.

Правоприменители, однако, не предоставляют в своих решениях какого-либо анализа касательно того, в чем, собственно, такая общая цель в каждом конкретном случае заключается. Это не означает, что суды не оценивают данный вопрос – по всей видимости, причина состоит в процессуальной экономии, либо в повышенной вероятности пересмотра акта в вышестоящих инстанциях.

Необходимость надлежащей заботы об интересах контрагента. В связи с необходимостью достижения правовых результатов заключенной сделки, суды предлагают также руководствоваться надлежащей заботой об интересах контрагента при моделировании договорного поведения.

Необходимо отметить, что надлежащая забота как категория не является новой и используется в рамках субъективной добросовестности субъектов гражданских правоотношений³¹⁸. Говоря об этой категории, Зайцева Н.В. отмечает, что такой элемент придает добросовестности черты некой «правовой эмпатии», в рамках которой сторона договора не только отвечает за себя, но и «принимает на себя заботу» о выгоде контрагента; при которой стороны должны стремиться не только к реализации собственных интересов, но и к заботе об интересах контрагента³¹⁹.

Представляется, что в рамках процесса согласования договорных условий надлежащая забота об интересах кредитора не ограничивается лишь

³¹⁸ Достаточно точное разграничение добросовестности на объективную и субъективную приводится в работе Васильева А.С. и Мурзина Д.В., которые с опорой на классические воззрения Новицкого И.Б. (Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте Гражданского уложения // Вестник гражданского права. 1916. № 6) и Агаркова М.М. (Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946. № 6), утверждают: «в науке гражданского права традиционно принято различать объективную и субъективную добросовестность. Объективная добросовестность – это "внешнее мерило" поведения, она "означает не что иное, как честность в отношениях между людьми". Субъективная же добросовестность согласно классическим воззрениям, если говорить в целом, рассматривается "как определенное сознание того или иного лица, как **неведение** некоторых обстоятельств, с наличием которого закон считает возможным связать те или иные юридические последствия", а в частности – "незнание лицом обстоятельств, препятствующих приобретению им того или иного права"» (Васильев А.С., Мурзин Д.В. Субъективная добросовестность в гражданском праве: функции, степени, презумпции // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 3. С. 65 – 77).

³¹⁹ Зайцева Н.В. Формирование концепции субъективного фактора в частноправовых отношениях в законодательстве России и зарубежных государств: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2023. С. 115, 229.

стремлением к получению последним выгоды от сделки – такая позиция чрезмерно сужала бы категорию «интереса». Из рассмотренных примеров применения восполнительного толкования следует, что забота об интересах другой стороны может выражаться также в стремлении к оптимизации синаллагматических предоставлений для интересов контрагента в более широком смысле (как, например, в случае ЕРС-контракта подрядчик должен стремиться поставить оборудование к моменту, когда он же или заказчик своими силами смогут осуществить монтаж этого оборудования в объект, тем самым сокращая потенциальные издержки на простой или аренду площадки – см. выше дело *Норд Империял v. Научно-производственное предприятие ГКС*).

Иными словами, в рамках предложенной в параграфе 1.3 настоящего исследования классификации учитываемых при выборе договорной модели факторов, надлежащая забота об интересах контрагента предполагает учет обстоятельств, связанных с субъектами правоотношения.

Разумность и достаточность подразумеваемого условия для надлежащего исполнения договора. Далее правоприменители оценивают, какие разумные и достаточные действия должны были предпринять стороны в сложившейся ситуации.

Новицкий И.Б. отмечает, что в сделке то доброе и справедливое (*boni et aequi*), которое составляет суть естественного права, выступает как требование к каждому выполнять свои обещания, ведь сделка всегда сводима так или иначе к обещанию³²⁰. Как полагает Нерсисянц В.С., справедливое в *boni et aequi* точнее перевести как «соответствующее», тогда справедливость, состоящая в том, что каждый должен выполнить должное, вполне совпадает с сущностью сделки³²¹.

³²⁰ Скловский К.И. Сделка и ее действие. Комментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. 4-е изд., доп. Москва: Статут, 2019. 278 с.

³²¹ История политических и правовых учений. Древний мир / Отв. ред. Нерсисянц В.С. М., 1985. С. 300 – 301.

Когда стороны согласовывают условия договора, очевидно, они предполагают, что в объем соглашения войдут разумные и достаточные взаимные действия, исполнение которых приведет к достижению соответствующих результатов. Соответственно, восполняемое условие должно быть не менее разумным и достаточным для тех целей, для которых оно могло бы быть сторонами согласовано.

Представляется, что в данный критерий закладываются две составляющие. Необходимость предпринять разумные действия по сути означает оценку условия с позиций соотнесения рисков для соответствующей стороны. Необходимость предпринять достаточные действия по сути означает оценку условия с позиций обеспечения достижения таким условием необходимого экономического эффекта.

Экономический эффект (последствия потенциального согласования) восполняемого условия. В завершение правоприменители отражают экономический эффект восполняемого условия – те последствия, на которые упущенные сторонами в соглашении права и обязанности должны были быть направлены. При этом термин «экономический» не обязательно должен сводиться лишь к значению имущественный – как и обязательственные предоставления могут носить нематериальный характер.

Таким образом скорее подчеркивается то, к чему должны были привести те разумные и достаточные действия, о которых идет речь. В определенном смысле, если критерий надлежащей заботы имеет своей целью обоснование восполнения с точки зрения правовой эмпатии, то критерий экономического эффекта имеет джастифицирующую роль, обосновывая восполнение с позиции действительных потенциальных последствий.

Соответствующими последствиями могут быть получение необходимого финансового баланса для завершения платежа или подготовка помещения к сроку начала производства работ – то, без чего надлежащее исполнение обязательств было бы затруднено.

Завершить анализ применяемых судами критериев определения подразумеваемых условий на основе гипотетической воли сторон лишь на характеристике критериев, упоминаемых в судебных актах, было бы недостаточным.

Как уже было отмечено, на настоящем этапе развития доктрины по разным причинам суды могут стремиться к меньшему правовому обоснованию совершенного восполнения, например, в связи с тем, что применение не предусмотренных законом и разъяснениями высших судебных инстанций механизмов может при формальном подходе стать основанием для отмены (пересмотра) принятого решения.

Это не означает, однако, что судами не принимаются во внимание иные аспекты доктрины толкования договоров. Как представляется, действующая и общепринятая система толкования породила как минимум два таких дополнительных аспекта, негласно учитываемых правоприменителями. Они могут быть обнаружены в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса РФ о заключении и толковании договора».

Требование очевидности условия. В указанном постановлении Верховный Суд РФ отметил, что толкование договора не должно приводить к такому пониманию условия договора, которое стороны с очевидностью не могли иметь в виду.

В научной литературе этот критерий иногда называют «принципом абсурдности» и подчеркивается: «В то же время здравый смысл требует от правоприменителя отступить от буквального толкования в тех случаях, когда условия договора хотя и представляются понятными, но их буквальная интерпретация приводит к настолько неадекватным результатам, что участники оборота, разумность которых презюмируется, с очевидностью не

могли пойти на это. В таком решении выражается уважение судом воли сторон»³²².

Иными словами, на уровне разъяснений высшей судебной инстанции принят запрет на толкование договора в том смысле, который стороны с очевидностью ему не придавали.

На практике данный запрет проявляется путем сопоставления неясного условия с другими условиями в системной связи и применения методов формальной логики (например, если стороны в договоре подряда согласовали неустойку в процентном соотношении от «месячного объема», очевидно они не могли иметь в виду месячный объем будущей добычи построенного объекта, который даже приблизительно неизвестен³²³).

Был ли данный запрет прямо отражен в рассмотренных в параграфе 3.1 настоящего исследования случаях восполнительного толкования? Нет. Означает ли это, что суды при определении подразумеваемых условий могут сформулировать абсурдные обязательства для сторон? Как представляется, ответ в этом случае также отрицательный.

Разумеется, ни о каком тесте «стороннего наблюдателя» из систем общего права речь на данном этапе не идет. Публичное применение подобных умозаключительных рассуждений не свойственно российскому правосудию: хотя, гипотетически, и сведушие в доктрине английского договорного права российские судьи могут мыслительно использовать такой прием для оценки абсурдности условия, в судебном акте он вряд ли найдет отражение. С другой стороны, суды иногда склонны добавлять формально-логические рассуждения в свое обоснование³²⁴.

³²² Автонова Е.Д., Астапенко П.А., Борейшо Д.В., До М.Ю., Мальшаков А.А., Мымрин В.А., Никулушкина А.С., Папилин И.И., Романова О.И., Ходасевич Л.С. Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса РФ о заключении и толковании договора» // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 9. С. 68 – 118; № 10. С. 137 – 191; № 11. С. 71 – 125.

³²³ См. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.09.2023 по делу № А27-23418/2021 // СПС «КонсультантПлюс».

³²⁴ См. пункт 16 Обзора судебной практики разрешения споров о несостоятельности (банкротстве) за 2022 год, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ от 26.04.2023 // СПС «КонсультантПлюс», пункт 3 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 04.11.2002 № 70

Требование справедливого баланса. Разъясняя пункт 4 статьи 1 Гражданского кодекса РФ применительно к выявлению значения договора, Верховный Суд РФ также указал, что условия договора подлежат толкованию таким образом, чтобы не позволить какой-либо стороне договора извлекать преимущество из ее незаконного или недобросовестного поведения.

Запрет на извлечение преимуществ из неправомерных действий в рамках толковательных механизмов является логическим продолжением общего правила об отказе недобросовестной стороне в защите принадлежащего ей права.

Проводя опять же некоторые параллели с подразумеваемыми условиями в системе общего права, можно было бы выдвинуть предположение о некоей схожести критерия разумности и справедливости: условие, которое, хотя и выгодно одной стороне, налагает значительный ущерб или бремя на другую сторону, не является разумным и справедливым. По сути, российская система толкования также предписывает отклонять предлагаемое значение условия, если его содержание будет предоставлять необоснованное преимущество при отклонении от ожидаемого от стандартного лица поведения.

Данное требование также не было прямо отражено в рассмотренных в параграфе 3.1 настоящего исследования случаях, однако, как представляется, это связано скорее с отсутствием у судов в тех конкретных случаях обоснованных сомнений в добросовестности сторон.

Если бы такие обоснованные сомнения были заявлены одной из сторон (или были выявлены судом по своей инициативе, что является допустимой ситуацией) при рассмотрении вопроса о потенциальном подразумеваемом условии, такое условие с высокой вероятностью прошло бы через фильтр справедливого баланса, возможно даже с прямой ссылкой на указанное положение закона или разъяснение Верховного Суда РФ.

Необходимо учитывать, что вышеуказанные критерии в своей совокупности используются судами при восполнении договорных пробелов на основе гипотетической воли. Однако это не означает, что они не могут применяться, например, при толковании прямо выраженных договорных условий или учитываться судами при применении конкретной нормы закона к фактическим обстоятельствам спора.

В этой связи важно разграничивать ситуации восполнения договорных пробелов и ситуации толкования гражданско-правовой или договорной нормы.

Для наглядности следует обратиться к выявленному примеру, в котором такое разграничение не столь очевидно.

В довольно, на первый взгляд, стандартном подрядном споре *Союзлифтмонтаж-Юг v. Квант* (дело № А53-5606/2022) между истцом-исполнителем и ответчиком-заказчиком был заключен договор подряда на выполнение пусконаладочных работ. Исполнитель, получивший при заключении договора аванс, выполнил согласованные работы в установленные сроки, оформил «завершающую» документацию, однако заказчик работы не принял, фактически проигнорировав процедуру приемки, и не уплатил оставшуюся часть договорной цены.

Истец-исполнитель обратился в Арбитражный суд Ростовской области с исковым заявлением о взыскании задолженности, которое было удовлетворено в полном объеме. Касательно процедуры приемки суд апелляционной инстанции поддержал выводы суда первой инстанции³²⁵, отметив следующее:

«Названная норма [имеется в виду пункт 1 статьи 753 Гражданского кодекса РФ] защищает интересы подрядчика, если заказчик необоснованно отказался от надлежащего оформления документов, удостоверяющих приемку.

³²⁵ Решение Арбитражного суда Ростовской области от 29.04.2022 по делу № А53-5606/2022 // СПС «КонсультантПлюс».

Срок действия договора определен по 02.07.2021, документы об исполнении обязательств составлены истцом 30.06.2021.

В свою очередь, заказчик по истечении срока действия договора должен был как минимум поинтересоваться о ходе выполнения работ и в случае нарушения сроков выполнения работ принять меры гражданской ответственности, предусмотренные разделом 7 договора.

При таких обстоятельствах, действуя разумно и добросовестно, заказчик должен был таким образом спланировать модель своего поведения при исполнении обязательства и предпринять все необходимые действия, чтобы получить результат работ надлежащего качества в установленные договором сроки, то есть до 02.07.2021. Однако таких действий ответчик не предпринял, соответственно негативные последствия несовершения подобных действий не должны ложиться на истца, в правомерные ожидания которого входило получение второго (окончательного) платежа в размере 261 000 руб.»³²⁶.

Из буквального содержания мотивов принятия судами своих постановлений очевидно прослеживаются два критерия: разумное и достаточное поведение, а также экономический эффект от потенциального поведения сторон (в данном случае – стороны заказчика). Однако судом не оценивалась (по крайней мере из доступного читателю обоснования) ни общая цель заключения договора, ни иные договорные условия о процедуре приемки (которых, возможно, и не было). В данном случае видна диспозитивная правовая норма, которую суд не только применил, но и истолковал применительно не столько к фактическим обстоятельствам данного дела (и положениям конкретного договора), сколько к любым потенциальным подрядным правоотношениям.

Иными словами, на современном этапе вывод о выявлении подразумеваемого условия судом может быть сделан в случае отсутствия специальной диспозитивной нормы, применимой к возникшей у сторон

³²⁶ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2022 по делу № А53-5606/2022 // СПС «КонсультантПлюс».

ситуации как таковой, либо при отказе от ее применения судом по тем или иным причинам.

Как можно заметить, требования разумности и достаточности поведения, в свою очередь, предваряют диспозицию договорного условия: «заказчик [...] должен был [...] предпринять разумные и достаточные действия по подготовке помещения для монтажа оборудования» (см. выше дело *Медтрейд v. Управление капитального строительства КУ ХМАО*).

Формулируемые судами условия по своей структуре соответствуют классической структуре обязательства – сторона А обязана совершить определенное действие в пользу своего контрагента. Возникающее при этом встречное право требования напрямую не фиксируется, однако очевидно присутствует, поскольку оно же в рассмотренных случаях становилось основанием судебного решения. Таким образом, по аналогии с классическим обязательством, возникающим из договора, в случае с восполняемыми судами условиями также создается относительная правовая связь (*iuris vinculum*).

Это же подтверждается и соответствием приведенных выше критериев признакам обязательств, установленных гражданским законодательством. Так, согласно пункту 3 статьи 307 Гражданского кодекса РФ при установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию. За формальным исключением предоставления необходимой информации, учет интересов друг друга и оказание необходимого содействия, по сути, и проверяются судами в критериях «надлежащей заботы» и «общей цели договора» соответственно.

Таким образом, «планирование модели поведения», упоминаемое судами, по своему существу и является той самой гипотетической волей участников при заключении договора: даже если стороны прямо не выразили те или иные обязанности или порядок их исполнения, разумные и достаточные

действия, которые должны предприниматься, и являются ключом для надлежащего исполнения соглашений.

Подводя итог, следует отметить достаточно скрупулезный подход правоприменителей к применяемым критериям. В отсутствие четко разработанного и закрепленного механизма российские суды используют достаточно вариативные и взаимосвязанные критерии, в основе которых заложены общие, устоявшиеся инструменты толкования.

Системная оценка прямо выраженных условий договора в совокупности с оценкой общей цели договора, требованием правовой эмпатии, а также принятие во внимание разумности и достаточности гипотетической модели поведения позволяет судам выдвинуть тезис о том, какое условие стороны могли бы согласовать при заключении договора. Немаловажным является попутный анализ эффекта такого восполняемого условия и отражение тех последствий, к которым оно должно было привести.

Более того, наличие в регулировании дополнительных правовых положений (таких как требование очевидности предполагаемого условия и необходимости соблюдения справедливого баланса) позволяет теоретически спекулировать в отношении соответствующих критериев, которые, вероятно, применяются судами негласно – то есть которые не нашли прямого отражения в мотивах принятого решения.

Детальное углубление в характеристику восполненных судами договорных положений позволяет сделать вывод об их достаточном соответствии классической модели договорных обязательств, которые, как правило, формулируются сторонами в рамках переговоров о заключении договора.

3.3. Границы судебного вмешательства при выявлении подразумеваемых условий договора

Возможность определять своим волевым решением состав и содержание договорных условий есть одна из форм реализации принципа диспозитивности в гражданском праве, проявление индивидуальной автономии при формировании правовых в целом, и обязательственных отношений в частности.

Как справедливо отмечает Манджиев А.Д. с опорой на Покровского И.А.³²⁷, Яковлева В.Ф.³²⁸ и Красавчикова О.А.³²⁹, оформляя отношения субъектов экономической деятельности, обладающих «имущественной обособленностью» и не имеющих «внеэкономической зависимости» друг от друга, гражданское право стремится создать необходимую правовую инфраструктуру для реализации частной инициативы и осуществления «правосубъектности по своему усмотрению»³³⁰.

Вне зависимости от того, роль какого принципа признается первостепенной – автономии воли или свободы договора, – признание и защита частной свободы, проявляющейся как в способности самостоятельно выносить решение о принимаемых на себя рисках, так и в претерпевании возможных негативных последствий от таких решений, должны строго оцениваться в любых правовых ситуациях, в которых допускается вмешательство в такую свободу.

Именно в этих целях столь пристальное внимание правоприменителей обращалось Высшим Арбитражным Судом РФ на аккуратное использование

³²⁷ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2003 («Классика российской цивилистики»). С. 248.

³²⁸ Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. М., 2006. С. 50 – 53.

³²⁹ Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании. // Советское государство и право. 1970. № 1. С. 64.

³³⁰ Манджиев А.Д. Свобода воли в договорных правоотношениях. М.: Статут, 2017. 192 с. // СПС «КонсультантПлюс».

толковательных механизмов³³¹, и именно поэтому в научной литературе продолжают звучать тезисы о необходимости выявления гипотетической воли сторон³³².

Наконец, именно в связи с этой задачей целесообразно посвятить заключительную часть настоящего исследования рассмотрению конкретного вопроса о пределах вмешательства судебной дискрецией в автономию воли сторон при восполнительном толковании.

В рамках такого вопроса прежде всего необходимо определить наличие на сегодняшний день достаточных правовых оснований в российском гражданском праве для восполнительного толкования на основе гипотетической воли сторон и параллельно ответить на вопрос о правомерности приведенных в параграфе 3.1 настоящего исследования подобных случаев.

Следует сразу отметить, что здесь и далее, если не указано обратное, речь идет именно о восполнении на основе гипотетической воли сторон. Поскольку восполнение другими методами (обычай, аналогии и нормы-принципы) прямо предусмотрено гражданским законодательством (что подробно описано в параграфе 3.1 настоящего исследования), к ним такая проблематика не применима.

Представляется, что на текущий момент допустимость восполнения подразумеваемых условий на основе гипотетической воли сторон в настоящий момент может проистекать из следующих оснований.

Судебно-конститутивное основание может быть рассмотрено в качестве перспективного доктринального правового обоснования подразумеваемых условий. Гражданское законодательство приводит открытый перечень (*numerus apertus*) юридических фактов гражданского права. В силу подпункта 3 пункта 1 статьи 8 Гражданского кодекса РФ гражданские права и

³³¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // СПС «КонсультантПлюс».

³³² Волчанский М.А. Оспаривание сделки во вред кредиторам до введения конкурсного производства. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 14.02.2019 № 305-ЭС18-18538 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 8. С. 40 – 47.

обязанности возникают из судебного решения, установившего гражданские права и обязанности.

На первый взгляд, данная гипотеза выглядит весьма убедительной – субъектом восполнения является суд в качестве правоприменителя, рассматривающего спор; объектом восполнения – права и обязанности спорящих сторон. Вместе с тем, имеются следующие обоснованные сомнения в правильности такого основания.

Не углубляясь в теорию процессуального права, отметим, что данное положение говорит о решениях, преобразующих правоотношения (о конститутивных решениях)³³³. Исследователи сходятся во мнении, что по общему правилу только конститутивное (преобразовательное) судебное решение может выступать в качестве юридического факта гражданского права³³⁴.

Если мы признаем концепцию природы подразумеваемых условий через судебно-конститутивное основание, неизбежно возникает следующий вывод о том, что суды не просто восполняют пробел в соглашении сторон, но фактически создают для них новое обязательство, пусть и с учетом их потенциальных намерений.

Это порождает две проблемы. Во-первых, иски о преобразовании и соответствующие конститутивные судебные решения представляют собой исключительный механизм, для применения которого необходимы существенные причины³³⁵; причиной же восполнения договорного условия

³³³ В процессуальной науке, например, Ярковым В.В. выделяются судебные решения о признании (суд устанавливает наличие (положительное решение о признании) или отсутствие (отрицательное решение о признании) правоотношения между истцом и ответчиком), о присуждении (суд обязывает ответчика совершить определенные действия (воздержаться от определенных действий) в отношении истца) и о преобразовании (суд преобразует правоотношение, существовавшее до момента судебного разбирательства в суде) (см. Актуальные проблемы гражданского и административного судопроизводства / Д.Б. Абушенко, К.Л. Брановицкий, С.К. Загайнова и др.; под ред. В.В. Яркова. Москва: Статут, 2021. 460 с.).

³³⁴ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1 – 16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.В. Асосков, В.В. Байбак, Р.С. Бевзенко и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2020. 1469 с.

³³⁵ Как, например, порядок допускает изменение или расторжение договора по решению суда по требованию стороны при существенном нарушении договора (пункт 2 статьи 450 Гражданского кодекса РФ) или по решению суда заключение основного договора на условиях, согласованных в предварительном договоре.

является его упущение сторонами в объеме основного соглашения, что вряд ли можно считать существенным обстоятельством. Во-вторых, рассмотренные ранее случаи, и в российской практике, и в зарубежной, не являлись спорами о преобразовании отношений; что, в свою очередь, свидетельствует либо о неправомерности таких судебных актов (поскольку судебное решение по иску о присуждении не является основанием ни для возникновения, ни для прекращения гражданских прав³³⁶), либо о недостаточной применимости данной теории к судебному исполнению.

Договорно-волевое основание подразумеваемых условий также имеет место и в большей степени учитывает природу договорного пробела как формы отрицательного волеизъявления.

В соответствии с пунктом 2 статьи 307 Гражданского кодекса РФ обязательства возникают из договоров и других сделок, вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в Гражданском кодексе РФ.

Ранее в параграфе 1.2 настоящего исследования уже отмечалось, что молчание стороны в договоре по тому или иному вопросу может иметь какое-либо намерение, а в параграфе 1.3 настоящего исследования была показана принципиальная возможность установить такое намерение с разумной степенью достоверности. С учетом этого можно прийти к выводу о том, что подразумеваемое условие при судебном исполнении по существу не порождает принципиально новых прав и обязанностей, а лишь декларирует ту волю, которая была у сторон в момент заключения соглашения, но не была явно выражена в нем.

Иными словами, основанием возникновения обязательства в данном случае является не дискреционное решение суда, а автономно-волевое и наиболее вероятное договорное волеизъявление сторон.

³³⁶ См. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20.06.2013 по делу № А40-79131/11-74-348"Б" // СПС «КонсультантПлюс».

Судебно-креационное основание подразумеваемых условий выглядит на фоне других менее перспективным. Можно также выделить третье основание, в меньшей мере относящееся к восполнению на основе гипотетической воли сторон, нежели к восполнению в широком смысле.

В силу одновременно пункта 3 статьи 1, пункта 3 статьи 307 и пункта 2 статьи 6 Гражданского кодекса РФ суд наделен компетенцией дедуктивного вывода из общих принципов права конкретных предписаний и запретов, в том числе обязательственных.

Например, из закона напрямую не следует, что должник должен уведомить кредитора о наступлении обстоятельств непреодолимой силы, но, как верно отметил Верховный Суд РФ³³⁷, из принципа доброй совести легко выводится обязательство такое извещение своевременно направить и ответственность за нарушение данного обязательства³³⁸.

Таким основанием, однако, может обосновываться скорее допустимость абстрактного восполнения правил для всех договоров, либо для договоров определенного вида – по аналогии с подразумеваемыми общим правом условиями в англо-саксонской системе, либо с *default rules* в континентальных юрисдикциях.

Регулирование отношений на основе норм-принципов в отсутствие прямо выраженного волеизъявления подробнее рассматривалось в параграфе 3.1 настоящего исследования.

Соответственно, могут быть выделены три потенциально допустимых правовых основания для обоснования допустимости подразумеваемых условий на основе гипотетической воли сторон в российском праве. При этом, наиболее перспективным для рассматриваемого предмета исследования представляется второй. При следовании договорно-волевому основанию мы

³³⁷ См. пункт 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательств» // СПС «КонсультантПлюс».

³³⁸ Исполнение и прекращение обязательства: комментарий к статьям 307 – 328 и 407 – 419 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.О. Батищев, А.А. Громов, А.Г. Карапетов и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2022. 1496 с. // СПС «КонсультантПлюс».

не сталкиваемся ни с потенциальным усреднением гипотетической воли и чрезмерной дискрецией, присущими судебнo-креационному обоснованию, как и избавляемся от недостатков судебнo-конститутивной гипотезы, выражающихся в необходимости существенности причин для восполнения и в противоречии повсеместной практике.

Как следует из анализа выше, можно обоснованно сделать вывод о наличии теоретико-правовых оснований для формирования такого явления в российском договорном праве как восполнительное толкование.

При этом, разумно было бы уделить внимание скорее прикладному вопросу о том, имеются ли сходные механизмы вмешательства в договорную дискрецию сторон, при которых оказывалось бы непосредственное влияние на согласованные условия? Иными словами, готов ли российский правовой порядок к такой судебной дискреции, при которой прямо выраженные согласованные волеизъявления сторон подвергались бы серьезному вмешательству?

Представляется, что ответить на эти вопросы можно скорее положительно ввиду следующего.

Во-первых, очевидно следует упомянуть *более известные механизмы вмешательства*, такие как изменение договорных условий на основании решения суда (статья 450 Гражданского кодекса РФ); понуждение к заключению договора на условиях, указанных в решении суда (статья 445 Гражданского кодекса РФ); и другие. Закон прямо предусматривает подобные формы внедрения в автономию воли, попутно устанавливая основания и причины.

Во-вторых, знакомы российскому правопорядку и менее конвенциональные механизмы. Так, суд, например, может признать какое-либо прямо выраженное условие недействительным как часть сделки (по основаниям, к примеру, статей 168, 169 Гражданского кодекса РФ); признать условие, которому недобросовестно воспрепятствовала или содействовала эта сторона соответственно наступившим или ненаступившим (пункт 3 статьи 157

Гражданского кодекса РФ). Эти меры обеспечивают защиту интересов добросовестной стороны путем судебного вмешательства³³⁹.

В-третьих, имеются и *иные механизмы вмешательства*, пусть и применяемые реже других. Так, например, в силу требования справедливого баланса (см. параграф 3.2 настоящего исследования о применении пункта 4 статьи 1 Гражданского кодекса РФ), слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании статьи 10 Гражданского кодекса РФ³⁴⁰. Подобный способ защиты применяется³⁴¹, например, в ситуации необоснованного отступления от принципа юридического равенства, когда в договоре установлены принципиально различные условия о санкциях, несправедливо обременяющие только «слабого» контрагента³⁴².

В своих работах, посвященных толкованию договора, Вольфсон В.Л. справедливо отмечает: «резонно полагать, что если эта [прямо выраженная] воля не может быть истолкована без существенных сомнений в достоверности любой применимой версии, то, хотя ввиду своей неясности она и стала предметом спора, именно в таком состоянии она соответствует интересам сторон, а суд не должен видеть свой долг в ее прояснении»³⁴³. При этом, перечисленные выше механизмы существуют и являются необходимыми для устойчивого и более справедливого гражданского оборота.

С развитием доктрины договорного права российские суды, хотя и действуют в пределах и на основании своего усмотрения, проявляют тенденцию к осторожному вмешательству в договорную среду; пределы судейского усмотрения, помимо прямо установленных законом,

³³⁹ См. пункт 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса РФ» // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴⁰ См. пункт 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15.07.2014 по делу № А53-10062/2013 // СПС «КонсультантПлюс», Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.07.2021 по делу № А32-48802/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴² Дерхо Д.С. Правовая природа и признаки несправедливых договорных условий в гражданском праве // СПС КонсультантПлюс. 2024.

³⁴³ Вольфсон В.Л. Свобода договора как практическое руководство по его толкованию // Хозяйство и право. 2023. № 2. С. 39 – 55.

основываются на применении оценочных критериев разумности, целесообразности, справедливости, соразмерности и индивидуальном подходе³⁴⁴.

Указанное, в свою очередь, позволяет сделать вывод о том, что российский правопорядок в достаточной степени знаком с механизмами, предусматривающими широкое применение судебной дискреции, и внедрение дополнительного инструмента точечной настройки договорных условий на основе гипотетической воли может продолжить такую тенденцию.

Даже если принять за основу восполнительного толкования договорно-волевое обоснование, нельзя исключать существенный риск навязывания новых обязательств сторонам, не имевшим намерения создать такую правовую связь в соответствующей части. Этот риск при восполнительном толковании является повышенным (в сравнении с толкованием явно выраженных условий) в связи с отсутствием явно выраженной воли на принятие такого обязательства.

В этой связи представляется целесообразным выделить следующие ограничения, направленные на предотвращение риска чрезмерного вмешательства в автономию воли сторон.

Очевидно, что не каждое упущенное условие может быть восполнено на основе гипотетической воли в ходе судебного вмешательства, что, как минимум, обусловлено различием в степени существенности и значения некоторых условий для сторон. Вопрос о таком значении был затронут в параграфе 1.1 настоящего исследования.

Целесообразно разделить рассмотрение данного вопроса на две подкатегории: какие условия, исходя из субъективно-волевой классификации, могут признаваться подразумеваемыми; какие пробелы, исходя из субъективных критериев, могут быть восполнены.

Ограничение условий, которые могут быть выявлены в качестве подразумеваемых. Начнем с основополагающего тезиса о том, что не могут

³⁴⁴ Булгаков С.Н. Судейское усмотрение // СПС КонсультантПлюс. 2024.

быть восполнены объективно существенные условия и условия о предмете договора. Согласование таких условий жизненно необходимо для самого факта появления нового договора, а последствием их упущения становится признание договора незаключенным.

Из этого же обоснования можно было бы выстроить тезис о том, что упущение объективно существенных условий не должно признаваться договорным пробелом в принципе. По остаточному принципу можно прийти к выводу, что подразумеваться могут лишь субъективно несущественные условия договора.

Таковыми субъективно несущественными условиями договора будут условия, соответствующие диспозитивному правилу при его существовании (в некоторых классификациях, как было показано ранее, их называют обычными или обыкновенными условиями), отклоняющиеся от диспозитивного правила при его существовании, и иные условия, для которых отсутствуют диспозитивные правила.

Остановиться на таком разделении, как представляется, было бы недостаточно. Любое условие, по определению, содержит в себе встречные право и обязанность. И если возложение права на сторону несет меньшие потенциальные негативные последствия, то возложение дополнительных обязанностей может являться обременением. Таким образом, разумно было бы уточнить, какие обязательства, суть условия, могут быть включены в договор как подразумеваемые на основе гипотетической воли сторон.

Таковыми могут быть, во-первых, вспомогательные обязательства, исполнение которых опосредует осуществление предоставления – такие обязательства направлены на осуществление экономического предоставления, но в контексте конкретной модели договорных или иных правоотношений имеют лишь дополнительный характер по отношению к основному предоставлению (например, в договоре поставки может быть предусмотрена обязанность поставщика осуществить настройку поставляемого

оборудования)³⁴⁵; во-вторых, подразумеваемыми могут быть организационные обязательства, не опосредующие непосредственное удовлетворение кредитора³⁴⁶. Следует заметить, что именно вторая категория обязательств активно восполняется российскими арбитражными судами, как было показано в параграфе 3.1 настоящего исследования.

Ограничение договорных пробелов, которые могут быть восполнены. Аналогичным образом может быть выдвинут тезис о том, какие виды договорных пробелов могут быть восполнены без существенного вмешательства в автономию воли сторон.

Поскольку при квалифицированных урегулированных и неурегулированных пробелах стороны сознательно оставляют тот или иной вопрос без внимания, судом такой договорный пробел может быть лишь констатирован и принят во внимание при разрешении спора. При этом, для квалифицированных урегулированных пробелов может быть констатирована норма закона или обычая, которую стороны намеревались применить; для квалифицированных неурегулированных пробелов – констатированы последствия оставления вопроса неурегулированным.

Случайные последующие пробелы, как представляется, не должны восполняться по общему правилу – степень неопределенности при выдвижении гипотезы о том, какое решение было бы принято сторонами в обстоятельствах, которые отсутствовали в момент заключения, слишком велика. В связи с этим, и гипотетическая воля сторон будет отличаться крайней степенью приблизительности. Более того, существующий механизм, применяющийся в ситуации существенного изменения обстоятельств, представляется достаточным для справедливого разрешения споров сторон.

Таким образом, по остаточному принципу, предлагается считать восполняемыми на основе гипотетической воли сторон лишь случайные

³⁴⁵ Такие виды обязательств выделяются в доктринальных источниках (см. Исполнение и прекращение обязательства: комментарий к статьям 307 – 328 и 407 – 419 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.О. Батищев, А.А. Громов, А.Г. Карапетов и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2022. 1496 с. // СПС «КонсультантПлюс»).

³⁴⁶ Там же.

изначальные пробелы, поскольку в отношении них имеются устойчивые константы в виде окружающих стороны в момент заключения обстоятельств, на основе которых может быть выдвинута гипотеза о предполагаемой воле с достаточной степенью достоверности.

Необходимость двухэтапного обоснования выявления подразумеваемых условий договора. Основной риск восполнения пробелов в договоре состоит в том, что стороне договора может быть вменена обязанность, которую она не намеревалась нести³⁴⁷: в научной литературе высказывалось мнение, например применительно к предположительным намерениям сторон вступить в правоотношение, что «реконструкция гипотетической воли сторон в такой ситуации будет приводить к чистым спекуляциям и сильно дестабилизировать договорные отношения»³⁴⁸. Учитывая данный риск высказываются мнения о необходимости полного и достаточного обоснования включаемых условий.

Представляется возможным предложить двухэтапную систему обоснования при применении восполнительного толкования в российском правопорядке.

Первый этап состоит в обосновании необходимости применения метода восполнительного толкования как такового.

В действующей системе толкования имеется правило, согласно которому в решении суд указывает основания, по которым в связи с обстоятельствами рассматриваемого дела приоритет был отдан соответствующим приемам толкования условий договора. Аналогичное правило должно быть применимо и к восполнительному толкованию.

Оно же, в свою очередь, должно предполагать причины, по которым предшествующие приемы не были применены, либо почему их применение в конкретном споре не способствовало бы достаточной защите интересов сторон.

³⁴⁷ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420 – 453 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.К. Байрамкулов, О.А. Беляева, А.А. Громов и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2020. 1425 с. // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴⁸ Там же.

Второй этап состоит в обосновании выявленного судом подразумеваемого условия.

В данном случае уместно не только предоставить судам возможность, но скорее предписать приводить обоснование причин и предпосылок необходимости включения в договор прямо не сформулированного условия в соотнесении с уже существующим волеизъявлением.

Как было показано в параграфе 3.2 настоящего исследования, обоснование, хотя и возможно чрезмерно лаконично, все же приводится на практике даже без строго выраженного предписания. Достаточное обоснование на данном этапе позволит, как минимум, снизить потенциальную правовую неопределенность сторон при возникновении спора, как максимум – станет одним из мотивирующих факторов для сторон к более отчетливому планированию договорной модели поведения.

Необходимость наличия достаточных и относимых доказательств, подтверждающих содержание гипотетической воли. Любое обоснование при этом было бы недостаточным без полноценного отражения факторов, позволивших принять то или иное решение.

В настоящее время суды устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, на основании оценки представленных доказательств. Мы также видим примеры, когда суды непосредственно оценивают обстоятельства, в которых находились стороны, ретроспективно – в момент заключения договора или согласования его условий³⁴⁹; иными словами, мысленно ставят себя на место сторон договора и оценивают существовавшую ранее правовую и фактическую действительность.

Когда речь заходит о доказательственной базе при толковании прямо выраженных условий договора, суд обязан учитывать в совокупности все

³⁴⁹ См. Определение СКЭС Верховного Суда РФ от 15.03.2017 по делу № А40-188413/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

собранные по делу доказательства с целью выявления действительной воли сторон и исключения каких-либо сомнений в ее достоверности. Основным способом установления действительной и реальной воли сторон Верховный Суд РФ называет показания сторон или их представителей по условиям договора и обстоятельствам дела³⁵⁰.

При установлении же гипотетической воли сторон, показаниям сторон по условиям договора и обстоятельствам дела также должен отдаваться приоритет перед иными доказательствами. Лишь в том случае, когда такие показания не приводят к возможности выявить единую потенциальную волю сторон в момент заключения договора, такие показания должны оцениваться наравне с иными доказательствами, представленными в ходе рассмотрения спора.

Обращение к гипотетической воли сторон является, с одной стороны, формой усмотрения суда при отсутствии договорного регулирования, ограничивающей степень вмешательства в автономию воли; с другой стороны – оно в бóльшей степени позволяет учитывать конкретные обстоятельства дела, нежели простое обращение к усредненному диспозитивному регулированию.

В связи с этим, в системе регулирования отношений в отсутствие договорного условия метод выявления подразумеваемых условий на основе гипотетической воли сторон должен занимать приоритетное место перед диспозитивным регулированием.

Такой путь усовершенствования системы регулирования договорных отношений, во-первых, будет корреспондировать целям судопроизводства, во многом заключающимся в правильном и справедливом разрешении конкретного гражданско-правового спора, и во-вторых, позволит выстроить логичную градацию методов регулирования от степени наименьшего стороннего вмешательства в автономию воли сторон к наибольшему.

³⁵⁰ См. пункт 6 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 3 (2019), утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ от 27.11.2019 // СПС «КонсультантПлюс».

Как отмечалось выше, сложившиеся и продолжающие свое развитие механизмы взаимодействия судов с договорными условиями позволяют выражать осторожный оптимизм в потенциале российского правопорядка к совершенствованию толковательных инструментов.

Правоприменителям на данном этапе известен порядок действий в случае неясности договорных условий, в случае невозможности установления действительной общей воли сторон, и во многих других случаях.

Логичным следующим шагом может стать закрепление механизма выявления подразумеваемых условий на основе гипотетической воли сторон, тем более с учетом фактического появления такой «восполнительной» методики в практике судов первой инстанции.

Достаточная степень консервативности российского правопорядка в вопросах регулирования договорных отношений на данном этапе вместе со слабой тенденцией к рецепции западных правовых институтов приводит к выводу о необходимости осторожной имплементации рассматриваемого механизма непосредственно в гражданское законодательство. Однако, представленный в настоящем исследовании анализ может стать основой для такого закрепления на уровне разъяснительных актов высшей судебной инстанции.

В рамках новых или уже имеющихся и применяющихся на практике постановлений Пленума Верховного Суда РФ может быть предложено следующее дополнение разъяснений части второй статьи 431 Гражданского кодекса РФ:

«По смыслу части второй статьи 431 Гражданского кодекса Российской Федерации при отсутствии в соглашении сторон условия, необходимого для определения их прав и обязанностей, судом определяется условие, о котором стороны могли бы договориться, если бы предусмотрели его при заключении договора с той степенью разумности и осмотрительности, которая требовалась от них при планировании модели своего поведения.

При определении соответствующего условия принимаются во внимание общая воля сторон, согласованные условия, смысл договора в целом и его цель, установившаяся во взаимоотношениях сторон практика, а также обстоятельства, в которых находились стороны в момент заключения договора.

Договор не может быть выполнен условием, которое с очевидностью не могло быть согласовано сторонами в момент заключения договора. В решении суд указывает основания, по которым соответствующее условие признано условием заключенного между сторонами договора».

Подобное разъяснение будет способствовать унифицированному подходу при разрешении споров в ситуации выявленных договорных пробелов.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение настоящего исследования следует отметить следующее. Возникновение относительной договорной связи между участниками гражданских правоотношений само по себе обусловлено автономией их воли, что дает возможность выбора модели договорного поведения, содержания взаимных прав и обязанностей.

В рамках комплексного анализа формирования договорного отношения был сделан вывод о природе договорного условия как отдельного волеизъявления, отражающего согласованную волю сторон по определенному вопросу заключения, исполнения или прекращения обязательства. При этом, среди договорных условий как обоюдно согласованных единиц волеизъявления каждое из них может иметь различное значение для сторон, и тем самым содержать в себе различную степень волевого фактора, от которого при заключении договора зависел сам факт его заключения.

Между тем, достаточно смелым являлось бы предположение о том, что любое письменное соглашение отражает все волевые решения сторон по всем возможным вопросам. Даже оставляя теоретическую возможность создания подобного идеального правового инструмента за рамками настоящих рассуждений, предусмотреть на практике все потенциальные вопросы предполагало бы, как минимум, затраты значительных временных и трудовых ресурсов. Здесь же не может быть исключен и факт ошибки как ненамеренного упущения вопроса при заключении договора: несмотря на свойства стороны гражданско-правового отношения как рационально мыслящего участника, заключение сделки как поведенческого акта все же совершается человеком – субъектом, которому свойственно ошибаться.

Эти обстоятельства приводят к неизбежной неполноте договоров – как практической, так и теоретической. Указанное объяснимо также и тем, что переговоры проводятся, как правило, только в отношении тех условий, затраты на распределение убытка от несогласования которых превысят

транзакционные (временные и иные) затраты на их согласование (иными словами, на распределение риска).

В таком случае, означает ли молчание сторон по какому-либо вопросу в письменном соглашении отсутствие у них воли на регулирование такого вопроса конкретным образом?

Гражданскому и не только законодательству известны случаи, когда бездействие в целом, и молчание как его частный случай влекут правовые последствия. Бездействие наравне с действиями может являться основанием для возникновения правоотношения и быть средством реализации воли субъекта. Не обязательно углубляться в теорию бихевиоризма, чтобы выдвинуть вполне очевидный тезис: если действие и бездействие влекут равные правовые последствия, рациональный человек скорее выберет *modus operandi*, предполагающий наименьшие усилия. Иными словами, отсутствие волеизъявления не может означать безусловное отсутствие воли.

В отдельных случаях и молчанию предписываются свойства акцепта – фактически правопорядок констатирует наличие воли субъекта за самого субъекта в отсутствие прямо выраженной таковой воли, основываясь при этом на иных обстоятельствах. Если частью волеизъявления на заключение договора-сделки является договорное условие, допустимо было бы предположить, что и молчание стороны при заключении договора на конкретных условиях может и также в отдельных случаях должно свидетельствовать о наличии какой-либо воли применительно как к таким условиям, так и к их отсутствию. В данном случае стороны и правоприменители сталкиваются с таким явлением как договорный пробел.

Пробел в праве как отсутствие необходимого правового предписания известен и, в целом, изучен доктринально. Учитывая природу гражданско-правового договора как самостоятельной регулятивной системы отношений, представляется возможным транслировать сущность пробела в праве, как общего явления, на пробелы в договоре, как частного явления. Однако, проблематика сущности именно договорных пробелов в российской доктрине

является недостаточно теоретически разработанной. Настоящее исследование также было призвано в определенной мере уменьшить такую недостаточность.

Несомненно, что упущенное в договоре – сознательно или неосознанно, – может быть не менее важно чем то, что в него включено. При этом, момент возникновения неурегулированного вопроса и субъективное восприятие его сторонами (осознанность возникновения), как представляется, связаны с волевым аспектом. Исходя из этого в контексте свободы воли сторон предложена классификация пробелов исходя из внутренних предпосылок участвующих в договорном отношении субъектов на квалифицированные урегулированные и квалифицированные неурегулированные пробелы (группа осознанно возникающих пробелов), а также на случайный изначальные и случайные последующие пробелы (группа неосознанно возникающих пробелов). Содержание намерений, скрывающихся за такими пробелами, может составлять как волю на урегулирование отношения диспозитивными нормами либо обычаями, либо (в их отсутствие) каким-либо иным образом в зависимости от субъективного восприятия сторонами возникновения пробела (их осознанности либо неосознанности на момент заключения договора).

Таким образом, установлено, что договорное условие является результатом свободного выбора, а договорный пробел может считаться своего рода отрицательным актом невключения выбора в соглашение. Из таких приведенных и обоснованных в работе предпосылок произведена попытка ответить на более комплексный вопрос – является ли содержание упущенного выбора обстоятельством, которое может быть выявлено впоследствии.

Различные классические направления юридической философии по-разному относились к природе свободы человеческого выбора и имели бы различные ответы на данный вопрос, однако лишь последние исследования позволяют выдвинуть относительно устойчивую гипотезу. Эмпирические опыты свидетельствуют о том, что потенциал готовности к определенному решению, представляющий собой бессознательную нейронную активность, предшествует осознанию принятого решения самим субъектом.

В контексте человеческого поведения данный вывод может быть интерпретирован следующим образом. Во-первых, если вариант поведения, в том числе юридически значимого, принимается человеком до сознательного решения, то такой бессознательный потенциал формируется какими-то обстоятельствами, внутренними или внешними. Во-вторых, при достаточной осведомленности о том, какие факторы влияют на бессознательное, и при наличии относительно достоверной информации о содержании этих факторов, с разумной степенью достоверности может быть сделано предположение о содержании наиболее вероятного человеческого решения.

Для договорных взаимоотношений сторон это означает, что при наличии двух альтернативных вариантов поведения, которые в результате согласования сторонами могут стать договорным условием, в момент заключения соглашения для любой из сторон один из таких вариантов в любом случае станет превалирующим и скорее всего будет выбран. Такая интерпретация не противоречит теории свободы воли, а скорее является дополнительным подтверждением и философских теорий компатибилизма, и юридической теории рационального выбора.

Иными словами, для *a posteriori* наблюдателя, которому предоставлено достаточное количество информации о внутренних и внешних факторах стороны, задача по определению наиболее вероятного гипотетического условия – гипотетической воли сторон – является выполнимой.

Оценивая такие потенциальные значимые факторы в рамках гражданско-правового поведения, может быть допущена определенная аналогия со структурой гражданского правоотношения. Так, если гражданское правоотношение состоит из субъекта, объекта и содержания, то корреспондирующими внутренними факторами, влияющими на выбор лица, планирующего вступить в такое правоотношение, будут обстоятельства, связанные с субъектами правоотношения, объектом правоотношения и со структурой правоотношения (структурой сделки). Напротив, поскольку договоры всегда заключаются в какой-либо среде, географической,

социальной и правовой реальности, контекст, окружающий процесс заключения договора, также подлежит учету при выборе договорного поведения, включая: социально-экономические обстоятельства, нормативно-регуляторную среду, геополитические факторы.

Значение данных факторов в каждый конкретный момент времени может изменяться, их «вес» для субъекта иметь различное значение, однако их сосуществование и одновременно диалектическое противоборство приводят к одному результату – существованию превалирующего выбора, исключающего как потенциал для полностью равновесных решений, так и для индифферентности выбирающего субъекта. Важность данных выводов, опять же, заключается в том, что при наличии потенциального превалирующего выбора (как наиболее вероятной гипотетической воли) в момент заключения договора такой выбор, если он не нашел прямого отражения в волеизъявлении, теоретически может быть реконструирован впоследствии.

Гипотетическая воля при подобного рода договорном молчании может быть оценена не только методами формальной логики, но и вполне объективными доказательствами, относимость которых к принимаемому решению должна оцениваться исходя из причинно-следственной связи потенциального выбора с вышеуказанными факторами.

Определение упущенных договорных условий судами как механизм зародился и продолжает свое активное развитие в западных и некоторых других юрисдикциях. Наибольшую историю и значение имеют указанные механизмы в странах общего права и Германии.

В системах общего права доктрине *implied terms in fact* базируется на «предполагаемых намерениях сторон», которые основываются судами на объективных обстоятельствах, имеющихся при заключении договора, включая прошлые сделки и коммерческую практику сторон, цель договора, действующие правовые нормы и общие нормативные представления. Актуальные разработки высших судебных инстанций, например, Великобритании предоставляют относительно систематизированное

понимание условий для восполнения договоров. Чтобы, например, английский и гонконгский суд смог решить, необходимо ли дополнять договор подразумеваемым условием, необходимо: в первую очередь, исследовать и истолковать явно выраженные условия договора, чтобы понять, о чем договорились стороны; попытаться выяснить причину возникновения пробела в договоре: было ли такое упущение намеренным или нет; опираться не только на доказательства действительного намерения сторон, но и на предположение о том, на что согласились бы разумные люди в положении сторон на момент заключения договора; учитывать, что договор не может быть дополнен условием лишь постольку, поскольку по мнению суда это было бы сделало его более справедливым или разумным; не переписывать договор, изменяя то соглашение сторон, о котором стороны договорились.

В континентальных правовых системах, ввиду исторических юрисдикционных различий, единый методологический подход к доктрине *восполнительного толкования* не принят: многие государства реализуют его с помощью различных механизмов. При этом, правоприменители исходят из гипотетической воли сторон, которая и становится важнейшим элементом дополнения договора. Из проведенного анализа ясно следуют два подхода, прослеживаемых во всех рассмотренных юрисдикциях континентальной правовой системы: субъективный, основанный на выявлении гипотетической воли сторон с учетом их потенциальных намерений в конкретной ситуации, и объективный, предполагающий выявление гипотетической воли разумных сторон на регулирование вопроса в имевшихся на момент заключения обстоятельствах.

Иными словами, и общее право, и континентальные правовые системы признают, в целом, одни и те же принципы восполнения пробелов в договоре. Определенные разногласия между двумя системами возникают по вопросу значения воли и волеизъявления при толковании договора, где английское право большее значение придает внешней стороне правоотношений,

континентальное – внутренней, а также вопросу учета в процессе толкования принципа добросовестности.

Существующие рамки договорного права Европейского Союза, в том числе рассмотренных юрисдикций, показали необходимость дальнейших усилий для решения вопроса сближения законов государств-членов. Данная цель достигается путем создания и распространения на практике международных унифицированных актов, не имеющих обязательного характера, но отражающих общеправовые и общеполитические тенденции.

На новом этапе развития гражданского права России, начавшегося в XXI веке, важное значение приобрела рецепция отдельных правовых институтов западных юрисдикций. Открытость России к международному диалогу в значительной степени повысила объем внешнеэкономической деятельности, а вслед за этим – количество договорных связей российских контрагентов по иностранному праву. С учетом особенностей и ограничений международного частного права указанные международные акты «мягкого» права стали компромиссным решением, допустимость которого признана на уровне Верховного Суда РФ.

Для установления подразумеваемых условий акты мягкого права предлагают использовать существо (характер, природу) и цель договора, намерение сторон и обстоятельства заключения договора, практику взаимоотношений сторон, а также обычаи и принципы добросовестности, разумности и честной деловой практики. Это, в целом, корреспондирует лучшим практикам и общего и континентального права. Анализ таких актов «мягкого» права способствовал получению не только теоретической основы в отношении механизмов восполнения пробелов, но и выводов о практической значимости для потенциального правоприменения в России.

В свою очередь, российское гражданское и договорное право по-прежнему обходит стороной данный вопрос, и попытки дальнейшего урегулирования по какому-либо пути (аналогичному системе общего права, романо-германским или уникальным российским механизмам) не

предпринимаются. Действующая система регулирования отношений в отсутствие договорного условия состоит из следующих последовательных источников: императивные и диспозитивные нормы, обычаи, аналогия закона и аналогия права, основные начала гражданского законодательства – требования добросовестности, разумности и справедливости. Таким образом, механизм, позволяющий восполнить пробел в договоре на основе предполагаемой воли, в настоящее время отсутствует.

Вместе с тем, в судебной практике начинает встречаться больше случаев, в которых суды, опираясь на идеи о необходимости установления гипотетической воли сторон, все же восполняют договорные пробелы условиями, которые с высокой вероятностью должны были стать частью модели договорного поведения.

Первые и исключительные случаи подобного заполнения пробелов появились в начале десятых годов текущего столетия, и этот метод получает новую ветвь развития в данный момент. Более-менее систематизированный подход наблюдается в практике арбитражных судов Западно-Сибирского округа. В отсутствие прямого закрепления в гражданского законодательстве, с учетом актуальной тенденции на юридический позитивизм в российском праве, судам для обеспечения устойчивости своих актов приходится скрывать использование гипотетической воли за абстрактными принципами и требованием разумности.

Несмотря на формальное отсутствие в гражданском законодательстве института «восполнения» договоров на основе конкретных предполагаемых намерений сторон в отличие от иных правовых систем, российские суды все же формулируют и включают в соглашения сторон условия, которые, по их мнению, необходимы для достижения цели договора и которые отражают общую волю сторон. В связи с этим крайне важной задачей представляется создание для правоприменителей доктринальной теоретической основы, которая могла бы помочь унифицировать данные подходы с учетом опыта иных юрисдикций.

На основе имеющихся случаев следует отметить достаточно скрупулезный подход правоприменителей к применяемым критериям. В отсутствие четко разработанного и закрепленного механизма российские суды используют достаточно вариативные и взаимосвязанные критерии, в основе которых заложены общие, устоявшиеся инструменты толкования.

Судами, в частности, используются связь с прямо выраженными договорными условиями, общая цель заключения договора, необходимость надлежащей заботы об интересах контрагента, эффект потенциального согласования условия, а также требования разумности и достаточности поведения при формировании договорной модели поведения, что в совокупности приводит к достаточно логичной и ясной формулировке необходимого недостающего условия. При этом, вполне вероятно, что отдельные используемые критерии остаются неотраженными при мотивировке, например, требование очевидности условия и необходимость справедливого баланса.

Формулируемые судами условия по своей структуре соответствуют классической структуре обязательства. Возникающее при этом встречное право требования напрямую не фиксируется, однако очевидно присутствует, поскольку оно же в рассмотренных случаях становилось основанием судебного решения. Таким образом, по аналогии с классическим обязательством, возникающим из договора, в случае с восполняемыми судами условиями также создается относительная правовая связь.

Возможность определять своим волевым решением состав и содержание договорных условий есть одна из форм реализации принципа диспозитивности в гражданском праве, проявлением индивидуальной автономии при формировании правовых в целом, и обязательственных отношений в частности.

Российский правовой порядок в достаточной степени знаком с механизмами, предусматривающими широкое применение судебной дискреции, и внедрение дополнительного инструмента точечной настройки договорных условий на

основе гипотетической воли может продолжить такую положительную тенденцию.

В конечном итоге, превалирующая роль воли в создании договорного правоотношения несомненно должна являться мотивом к ее выявлению и оценке при возникновении гражданско-правовых споров. Если при толковании согласованных и содержащихся в тексте соглашения условий такой подход признан обязательным, не должен ли он распространяться и на те случаи, когда какое-либо условие в объеме соглашения отсутствует? Могут ли формальная сложность и неочевидное содержание воли в таком случае становиться причиной подмены правоприменителем воли договорившихся каким-либо иным регулированием?

Представляется, что внедрением соответствующей доктрины, вне зависимости от ее названия – выявление подразумеваемых условий или восполнительное толкование, – будет сделан дополнительный шаг в сторону уважения и учета автономии воли сторон договора как принципа, породившего частноправовые отношения.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативные правовые акты Российской Федерации:

1. Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 2004 г. № 51-ФЗ (в ред. от 24 июля 2023 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 22 декабря 1995 г. № 14-ФЗ (в ред. от 24 июля 2023 г.) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 6254.
4. Закон РФ от 07.07.1993 № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в РФ» // РГ. 1993. № 154.
5. Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ» // СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

Нормативные правовые акты СССР и РСФСР, иные акты и проекты:

6. Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru/> (дата обращения 29.03.2022).
7. Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru/> (дата обращения 29.03.2022).
8. Гражданское уложение: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Кн. V: Обязательства. Т. V. С объяснениями (ст. 937 - 1106).
9. Свод законов гражданских. Свод законов межевых // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?empire> (дата обращения 29.03.2022).

Международные нормативные акты и акты иностранных государств:

10. Гражданский кодекс Австрии (Всеобщее гражданское уложение Австрии) 1812 [Allgemeines burgerliches Gesetzbuch, ABGB] // Система правовой информации Федерального Министерства финансов Республики Австрия. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/eli/jgs/1811/946/P0/NOR40198929> (дата обращения 17.02.2024).
11. Гражданский кодекс Венгерской Республики (Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről 1959) // Система национального законодательственного сборника Венгрии. URL: <https://njt.hu/jogsabaly/1959-4-00-00> (дата обращения 17.02.2024).
12. Гражданский кодекс Испании (Código Civil de 24.07.1889) // Электронный реестр государственного вестника Испании. URL: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con) (дата обращения 17.02.2024).
13. Гражданский кодекс Литовской Республики (Respublikos civilinio kodekso 18.07.2000 Nr. VIII-1864) // Система Канцелярии Сейма Литвы. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.245495> (дата обращения 17.02.2024).
14. Гражданский кодекс Португалии (Código Civil n.º 47344 de 25.11.1966) // Электронный портал Официальной газеты Португалии. URL: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/47344-1966-477358> (дата обращения 17.02.2024).
15. Гражданский кодекс Словацкой Республики (Občiansky Zákonník z 26.02.1964 no. 40/1964 Zb.) // Портал электронного законодательства Словакии. URL: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/1964/40/20160701> (дата обращения 17.02.2024).
16. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) // М.: Инфотропик Медиа, 2012.

17. Закон Королевства Дании о договорах (Aftalelov nr 193 af 02.03.2016) // URL: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2016/193> (дата обращения 17.02.2024).
18. Закон о морском страховании (Marine Insurance Act 1906) // Система правовой информации Великобритании. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/41> (дата обращения 05.02.2023).
19. Закон о несправедливых договорных условиях (Unfair Contract Terms Act 1977) // Система правовой информации Великобритании. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50> (дата обращения 05.02.2023).
20. Закон о поставке товаров и услуг (The Supply of Goods and Services Act (SGSA) 1982) // Система правовой информации Великобритании. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/29> (дата обращения 05.02.2023).
21. Закон о продаже товаров (The Sale of Goods Act (SGA) 1893) // Система правовой информации Великобритании. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/56-57/71/enacted> (дата обращения 05.02.2023).
22. Закон Эстонской Республики об обязательствах (Võlaõigusseadus jõustumine 01.07.2002) // Система государственного вестника Министерства юстиции Эстонии. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/507022018004/consolide> (дата обращения 17.02.2024).
23. Общепрусское земское уложение 1794 [Allgemeines Landrecht, ALR] // Система юридической библиотеки Германии. URL: https://opinioius.de/quelle/1622#Dritter_Titel._Von_Handlungen_und_den_daraus_entstehenden_Rechten (дата обращения 05.02.2023).
24. Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) / International Institute for the Unification of Private Law

(UNIDROIT). Rome. 2016. URL: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/> (дата обращения 05.02.2023).

25. Ministère de la Justice. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance № 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. // Journal officiel de la République française. 2016. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539> (дата обращения 22.05.2023).

Материалы судебной практики судов Российской Федерации:

26. Постановление Конституционного Суда РФ от 06.06.2000 № 9-П // СПС «КонсультантПлюс».
27. Постановление Конституционного Суда РФ от 01.04.2003 № 4-П // СПС «КонсультантПлюс».
28. Постановление Конституционного Суда РФ от 23.01.2007 № 1-П // СПС «КонсультантПлюс».
29. Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2015 № 6-О // СПС «КонсультантПлюс».
30. Определение Конституционного Суда РФ от 26.04.2021 № 676-О // СПС «КонсультантПлюс».
31. Определение Конституционного Суда РФ от 29.05.2014 № 1075-О // СПС «КонсультантПлюс».
32. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора» // СПС «КонсультантПлюс».
33. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательств» // СПС «КонсультантПлюс».

34. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса РФ» // СПС «КонсультантПлюс».
35. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса РФ об обязательствах и их исполнении» // СПС «КонсультантПлюс».
36. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса РФ о заключении и толковании договора» // СПС «КонсультантПлюс».
37. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами РФ» // СПС «КонсультантПлюс».
38. Обзор судебной практики Верховного Суда РФ № 3 (2019), утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ от 27.11.2019 // СПС «КонсультантПлюс».
39. Обзор судебной практики разрешения споров о несостоятельности (банкротстве) за 2022 год, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ от 26.04.2023 // СПС «КонсультантПлюс».
40. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 04.11.2002 № 70 «О применении арбитражными судами статей 140 и 317 Гражданского кодекса РФ» // СПС «КонсультантПлюс».
41. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 147 // СПС «КонсультантПлюс».
42. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22.03.2011 по делу № А60-62482/2009 // СПС «КонсультантПлюс».
43. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20.06.2013 по делу № А40-79131/11-74-348"Б" // СПС «КонсультантПлюс».

44. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15.07.2014 по делу № А53-10062/2013 // СПС «КонсультантПлюс».
45. Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.02.2008 по делу № А40-13978/07-60/103 // СПС «КонсультантПлюс».
46. Определение Верховного Суда РФ от 25.05.2015 по делу № А73-6798/2014 // СПС «КонсультантПлюс».
47. Определение Верховного Суда РФ от 25.05.2015 по делу № А73-6797/2014 // СПС «КонсультантПлюс».
48. Определение СКЭС Верховного Суда РФ от 15.03.2017 по делу № А40-188413/2014 // СПС «КонсультантПлюс».
49. Определение СКГД Верховного Суда РФ от 04.07.2017 № 4-КГ17-23 // СПС «КонсультантПлюс».
50. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.08.2022 по делу № А45-5774/2021 // СПС «КонсультантПлюс».
51. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.07.2020 по делу № А45-35627/2018 // СПС «КонсультантПлюс».
52. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 08.02.2021 по делу № А46-832/2020 // СПС «КонсультантПлюс».
53. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.08.2021 по делу № А75-12374/2019 // СПС «КонсультантПлюс».
54. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.09.2023 по делу № А27-23418/2021 // СПС «КонсультантПлюс».
55. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31.10.2023 по делу № А40-21745/2023 // СПС «КонсультантПлюс».
56. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.12.2022 по делу № А40-246916/2021 // СПС «КонсультантПлюс».
57. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14.03.2023 по делу № А50-7813/2022 // СПС «КонсультантПлюс».
58. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.07.2021 по делу № А32-48802/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

59. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 29.08.2017 по делу № А03-21793/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
60. Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 06.10.2020 по делу № А46-832/2020 // СПС «КонсультантПлюс».
61. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.07.2022 по делу № А53-5606/2022 // СПС «КонсультантПлюс».
62. Решение Арбитражного суда города Москвы от 31.10.2023 по делу № А40-19954/23-68-150 // СПС «КонсультантПлюс».
63. Решение Арбитражного суда Хабаровского края от 18.09.2014 по делу № А73-6798/2014 // СПС «КонсультантПлюс».
64. Решение Арбитражного суда Хабаровского края от 12.09.2014 по делу № А73-6797/2014 // СПС «КонсультантПлюс».
65. Решение Арбитражного суда Алтайского края от 07.06.2017 по делу № А03-21793/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
66. Решение Арбитражного суда Томской области от 01.03.2023 по делу № А67-5658/2021 // СПС «КонсультантПлюс».
67. Решение Арбитражного суда Омской области от 29.06.2020 по делу № А46-832/2020 // СПС «КонсультантПлюс».
68. Решение Арбитражного суда Ростовской области от 29.04.2022 по делу № А53-5606/2022 // СПС «КонсультантПлюс».
69. Решение МКАС при ТПП РФ от 14.05.2018 по делу № 246/2016 // СПС «КонсультантПлюс».
70. Решение МКАС при ТПП РФ от 19.02.2020 по делу № М-170/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

Иностранные судебные решения:

71. Civ. 25 Mai 1870, Publié au bulletin // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952891/>.
72. Civ. 2 Apr. 1974, Bull.cass. 1974.I. no. 109.
73. Civ. 9 Nov. 1981, Bull.cass. 1981.I. no. 332.
74. Civ. 18 July 1985, Bull.cass. 1985.III. no. 113.

75. BGH 18.12.1954 – II ZR 76/54, NJW 1955.
76. BGH 10.07.1963 – VIII ZR 204/61, NJW 1963.
77. BGH 19.03.1975 – VIII ZR 262/73, NJW 1975.
78. BGH 10.10.1990 – VIII ZR 370/89, NJW-RR 1991.
79. BGH 14.02.1995 – XI ZR 65/94, NJW 1995, 1281.
80. BGH 02.11.1995 – X ZR 135/93, NJW 1996, 919.
81. BGH 25.11.2004 – I ZR 49/02, NJW-RR 2005.
82. BGH 01.06.2005 – VIII ZR 234/04, NJW-RR 2005.
83. BGH 20.07.2005 – VIII ZR 397/03, NJW-RR 2005.
84. BGH 20.07.2005 – VIII ZR 397/03, NJW-RR 2005.
85. BGH 15.11.2012 – VII ZR 99/10, NJW 2013.
86. BGH 15.11.2012 – VII ZR 99/10, NJW 2013.
87. RG 02.02.1931 – RGZ 131, 274.
88. 1 Ob 257/04g JBl 2005, 579.
89. 10 Ob 125/05p ÖBA 2006, 916.
90. 10 Ob 28/05y OGH 2005.
91. 7 Ob 1657/92 RdW 1993, 303.
92. 9 Ob 81/04h SZ 2005/109.
93. Svea hovrätt mål nr T 522-01.
94. Ansett Transport Industries Pty Ltd v. The Commonwealth [1977] 139 CLR 54.
95. Ashmore v. Corporation of Lloyd's (No 2) [1992] 2 Lloyd's Rep 620.
96. Attorney General of Belize v. Belize Telecom Ltd [2009] UKPC 10.
97. Attorney General v. Melhado Investments Ltd [1983] HKLR 327.
98. BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v. President, Councilors & Ratepayers of Shire of Hastings [1978] 52 AJLR 20.
99. Breen v. Williams [1996] HCA 57.
100. British Crane and Hire Corp Ltd v. Ipswich Plant Hire Ltd [1975] QB 303.
101. Codelfa Construction Pty Ltd v. State Rail Authority of NSW [1982] HCA 24.

102. Crema v. Cenkos Securities plc [2010] EWCA Civ 1444.
103. Cunliffe-Owen v Teather & Greenwood [1967] 1 WLR 1421.
104. Equitable Life Assurance Society v. Hyman [2000] 3 WLR 529.
105. Fleet v. Murton [1871] L.R. 7 Q.B. 126.
106. Godley v. Perry [1960] 1 WLR 9.
107. Gubboy v. Avetoom [1890] I.L.R. 17 Calc. 449.
108. Gwam Investments Pty Ltd v. Outback Health Screenings Pty Ltd [2010] SASC 37.
109. Harlingdon and Leinster Enterprises v. Christopher Hull Fine Art Ltd [1991] 1 QB 564.
110. Hughes v. Greenwich LBC [1994] 1 AC 170.
111. Hutton v. Warren [1836] 1 M&W 466.
112. JM Reilly Ltd v. Belfast Corporation [1970] NI 68.
113. Johnstone v. Bloomsbury Area Health Authority [1991] 2 All E.R. 293.
114. Les Affréteurs Réunis SA v Leopold Walford (London) Ltd [1919] AC 801.
115. Lister v. Romford Ice & Cold Storage Ltd [1957] A.C. 555.
116. Liverpool City Council v. Irwin [1977] A.C. 239.
117. Luxor (Eastbourne) Ltd v. Cooper [1941] AC 108.
118. Luxor (Eastbourne) Ltd v. Cooper [1941] AC 108.
119. Lynch v. Thorne [1956] 1 All E.R. 744.
120. M'Intyre v. Belcher [1863] 14 C.B.N.S. 654.
121. Malik v. Bank of Credit and Commerce International SA [1988] AC 20.
122. Marks and Spencer plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co (Jersey) Ltd [2015] UKSC 72.
123. Martrade Shipping & Transport GMBH v. United Enterprises Corp [2014] EWHC 1884.
124. Mosvolds Rederi A/S v. Food Corporation of India [1986] 2 Lloyd's Rep. 68.
125. Nanda Lal Roy v. Gurupada Halder (1924) ILR 51 Cal 588.
126. On Park Parking Ltd v. Secretary of Justice & Others [2004] 3 HKC 476.
127. Paragon Finance v. Nash [2001] EWCA Civ 1466.

128. Patiram Banerjee v. Kanknarrah Co., Ltd. [1915] I.L.R. 42 Calc. 1050.
129. Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] UKHL 2.
130. Pike v. Ongley [1887] L.R. 18 Q.B.D. 708.
131. Reigate v. Union Manufacturing Co [1918] 1 K.B. 592.
132. Robb v. Green [1895] 2 Q.B. 315.
133. Robinson v. Mollett [1875] L.R. 7 H.L. 802.
134. Rowland v. Divall [1923] 2 KB 500.
135. Shell (UK) Ltd v. Lostock Garage Ltd [1976] 1 WLR 1187.
136. Shirlaw v. Southern Foundries [1940] AC 701.
137. Shun Shing Hing Investment Co Ltd v. Attorney General [1983] HKLR 432.
138. Southwell v. Bowditch [1876] L.R. 1 C.P.D. 374.
139. The Moorcock [1889] 14 PD 64.
140. Wong Ng Kai Fung Patsy v. Yau Lai Chu [2005] 4 HKC 42.

Научная и учебная литература, научные статьи на русском языке:

141. Аванесов С.С. Автономия воли: Кант и Шопенгауэр о бесцельности нравственного действия // Этическая мысль. 2014. № 14. С. 148 – 159.
142. Автонова Е.Д., Астапенко П.А., Борейшо Д.В., До М.Ю., Мальшаков А.А., Мымрин В.А., Никулушкина А.С., Папилин И.И., Романова О.И., Ходасевич Л.С. Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса РФ о заключении и толковании договора» // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 9. С. 68 - 118; № 10. С. 137 - 191; № 11. С. 71 - 125.
143. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946. № 6. С. 424 – 436.
144. Актуальные проблемы гражданского и административного судопроизводства / Д.Б. Абушенко, К.Л. Брановицкий, С.К. Загайнова и др.; под ред. В.В. Яркова. Москва: Статут, 2021. 460 с.

145. Аракелян А.А. Добросовестность в английском договорном праве (анализ прецедентов Верховного суда Англии и Уэльса) // Актуальные проблемы российского права. 2022. № 5. С. 207 – 213.
146. Байрамкулов А.К. Основы учения о восполнительном толковании гражданско-правового договора // Вестник гражданского права. 2014. № 2. С. 7 – 43.
147. Байрамкулов А.К. Расторжение договора «по иным основаниям»: изменился ли подход судебной практики? Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 21.08.2015 № 310-ЭС15-4004 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 9. С. 30 – 34.
148. Байрамкулов А.К. Толкование договора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2016. 224 с.
149. Бедросов В.Э. Роль юридической герменевтики в толковании договора и восполнении пробелов // Мониторинг правоприменения. 2024. № 3. С. 48 – 53.
150. Бектева В.С. Применение мер принуждения по уголовным делам, предварительное расследование по которым приостановлено // Актуальные проблемы российского права. 2023. № 8. С. 116 – 123.
151. Белов В.А. Кодекс европейского договорного права – European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий: в 2 кн. М.: Юрайт, 2015. Кн. 1. 308 с.
152. Белов В.А. Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор) // Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2008. 480 с.
153. Белых В.С. Принцип свободы договора в английском праве: доктрина и судебная практика // Право и государство. 2015. № 4 (69). С. 30 – 35.
154. Бергер К.П., Арнц Т. Принцип добросовестности в английском коммерческом договорном праве. Обзор актуальной английской

- судебной практики // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 234 – 269.
155. Блещик А.В. Выявление искажений в законодательстве и коммуникативный подход к праву: опыты правовой экспертизы нормативных актов // Российский юридический журнал. 2021. № 2. С. 101 – 114.
 156. Болтенкова Ю.А., Морозова А.Е. Концепция Draft Common Frame of Reference и ее назначение в рамках процесса гармонизации права в европейском Союзе // Наука без границ. 2018. № 2 (19). С. 32 – 38.
 157. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. 3-е изд., стереотипное. М.: Статут, 2001. Кн. 1. 848 с.
 158. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1963. 197 с.
 159. Брисов Ю.В. Ответственность исполнительного органа юридического лица за недобросовестные действия // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 9. С. 174 – 184.
 160. Булгаков С.Н. Судейское усмотрение // СПС КонсультантПлюс. 2024.
 161. Васильев А.С., Мурзин Д.В. Субъективная добросовестность в гражданском праве: функции, степени, презумпции // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 3. С. 65 – 77.
 162. Васильев В. Два тупика инкомпатибилизма // Философско-литературный журнал «Логос». 2016. № 5 (114). С. 175 – 200.
 163. Виндельбанд В. О свободе воли. М., 1905. 177 с.
 164. Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву / Б. Виндшейд; ред. А. Д. Думашевский. – Санкт-Петербург: Типография Д. Думашевского, 1875. 602 с.
 165. Волчанский М.А. Оспаривание сделки во вред кредиторам до введения конкурсного производства. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 14.02.2019 № 305-ЭС18-

- 18538 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 8. С. 40 – 47.
166. Вольф В.Ю. Основы учения о товариществах и акционерных обществах. М., 1927. 168 с.
167. Вольфсон В.Л. Свобода договора как практическое руководство по его толкованию // Хозяйство и право. 2023. № 2. С. 39 – 55.
168. Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2 // СПС «КонсультантПлюс».
169. Гаджикурбанов А.Г. Компатибилизм в прошлом: стоики Спиноза // Вестник Московского университета. Серия 7. Философия. 2020. № 2. С. 89 – 101.
170. Гальперин С.П. Замечания на главу первую проекта V книги Гражданского уложения («Об обязательствах») // Вестник права. 1903. № 1. С. 61 – 104.
171. Генкин Д.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВИЮН, вып. IV Юриздат, 1947. С. 40 – 57.
172. Германов А.В. Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 7. С. 2 – 5.
173. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. Соч. В 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1991. 622 с.
174. Гольмстен А.Х. Очерки по русскому торговому праву. СПб., 1895. 210 с.
175. Гражданское право // Библиотека народного судьи, кн. IV, Юриздат, 1949.
176. Grimm Д.Д. Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Т. I. СПб., 1900. 300 с.
177. Гуляев А. М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства и проекта Гражданского уложения (издание 2-е,

дополненное). – С.-Петербург, типография М. М. Стасюлевича, 1911 г.
// ЭПС «Система ГАРАНТ».

178. Гурвич Г.Д. Руссо и декларация прав. Идея неотъемлемых прав индивида в политической доктрине Руссо. Тип. Б.М. Вольфа, 1918. 100 с.
179. Дадашова С.Н. Свободная воля как основа морального действия: Шопенгауэр vs Кант // Манускрипт. 2019. № 6. С. 108 – 113.
180. Дерхо Д.С. Правовая природа и признаки несправедливых договорных условий в гражданском праве // СПС «КонсультантПлюс». 2024.
181. Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420 - 453 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.К. Байрамкулов, О.А. Беляева, А.А. Громов и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2020 // СПС «КонсультантПлюс».
182. Договорное право по решениям кассационного сената. // Типография губернского правления г. Владимира. – 1880. 332 с. // СПС «КонсультантПлюс».
183. Зайцева Н.В. Поведенческие стандарты в системе частноправовых отношений // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2023. № 1. С. 97 – 120.
184. Зайцева Н.В. Принцип добросовестности и его влияние на квалификацию правовых связей // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. № 3. С. 476 – 501.
185. Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сб. ст. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2016.
186. Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит. 1975. 880 с.
187. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. / Иоффе О.С.; Отв. ред.: Юрченко А.К. Ленинград: Издательство Ленинградского университета. 1955. 310 с.

188. Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. // Ленинград: Издательство Ленинградского университета. 1975. 156 с.
189. Исполнение и прекращение обязательства: комментарий к статьям 307 - 328 и 407 - 419 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.О. Батищев, А.А. Громов, А.Г. Карапетов и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2022 // СПС «КонсультантПлюс».
190. История политических и правовых учений. Древний мир / Отв. ред. Нерсисянц В.С. М. 1985. 349 с.
191. Кант И. Основоположения метафизики нравов // Кант И. Собр. соч.: В 8 т. Т. 4. М.: ЧОРО. 1994. 630 с.
192. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. – М.: Статут, 2016. – 528 с.
193. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. М.: Статут, 2012. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. // СПС «КонсультантПлюс».
194. Кискачи М.А. Допустимость выбора Принципов УНИДРУА в качестве применимого права в случае рассмотрения спора в суде // Российский юридический журнал. 2019. № 5. С. 153 – 167.
195. Козлова Н.В. Гражданско-правовой статус органов юридического лица // Хозяйство и право. 2004. № 8. С. 42 – 60.
196. Козлова Н.В., Филиппова С.Ю. Обычай в гражданском праве // Журнал российского права. 2019. № 1. С. 62 - 72.
197. Комаров А.С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2016. Москва: Статут, 2020. 770 с.
198. Коновалов А.В. Принцип разумности в гражданском праве // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 8. С. 11 – 21.
199. Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. 1970. № 1. С. 41 – 49.

200. Красавчиков О.А. Структура предмета гражданско-правового регулирования социалистических общественных отношений // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института. Вып. 13. Свердловск, 1970. С. 5 – 21.
201. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. 183 с.
202. Курмашев Н.В. Учение о воле в юридической сделке в советской и современной российской цивилистической науке // Вестник гражданского права, 2007, № 1. // СПС «КонсультантПлюс».
203. Лазарев В.В. Пробелы в праве (вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). Казань, 1969. 96 с.
204. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. 184 с.
205. Лаптев В.А. Международные обычаи в предпринимательском праве // Российская юстиция. 2015. № 5. С. 15 – 19.
206. Лаптев В.А. Российские правовые обычаи в предпринимательстве // Право и экономика. 2016. № 2. // ЭПС «Система ГАРАНТ».
207. Лейбниц Г. В. Новые опыты о человеческом разумении автора системы предустановленной гармонии // Сочинения: в 4 т. Т. 2 / ред., вступ. ст. и примеч. Нарского И.С.; пер. с фр. Юшкевича П.С. – М.: Мысль, 1983. – 686 с.
208. Локк Дж. Два трактата о правлении. Соч. В 3-х т. Т. 3. М.: Мысль, 1988.
209. Малкин О.Ю. Выбор принципов УНИДРУА в качестве применимого права: использование государственными судами подходов МКАС при ТПП РФ // Третейский суд. 2022. № 1. С. 79 – 82.
210. Мальцев Д.А., Луговской И.К. Молчание как сделочное волеизъявление // Вестник гражданского права. 2023. № 2. С. 82 – 111.
211. Манджиев А.Д. Свобода воли в договорных правоотношениях. М.: Статут, 2017. 192 с.

212. Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. (по испр. и доп. 8-му изд., 1902): Изд. 3-е, испр. / М.: Статут, 2003 (Классика российской цивилистики). 829 с.
213. Микрюков В.А. Пробелы и аналогии в правовом регулировании безвозмездного пользования имуществом // Вестник арбитражной практики. 2023. № 1. С. 3 – 11.
214. Молчанова О.В. Развитие И. Кантом идеи о делении граждан на активных и пассивных в «Метафизике нравов» // Юриспруденция, государство и право: актуальные вопросы и современные аспекты. Сборник статей II Международной научно-практической конференции. Пенза. 2020.
215. Монтескье Ш.Л. О духе законов / пер. А. Матешука. М.: Мысль, 1999. 674 с.
216. Муратова О.В. Акты «мягкого» права как регуляторы частноправовых отношений // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 4 (53). С. 627 – 633.
217. Нам К.В. Принцип добросовестности как правовой принцип // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 2. С. 88 – 103.
218. Новикова Т.В. Подразумеваемые соглашения о применимом праве: обзор судебной и арбитражной практики // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2019. № 5. С. 39 – 49.
219. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте Гражданского уложения // Вестник гражданского права. 1916. № 6. С. 124 – 181.
220. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 56 – 90; № 7 (Ноябрь). – С. 85 – 106; № 8 (Декабрь). – С. 87 – 108.
221. Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики. М.: Фонд экономической книги «Начала», 1997.

222. Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление // Очерки теории, философии и психологии права) / Академия наук Таджикской ССР. Душанбе: Изд-во «Дониш», 1963. 256 с.
223. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1 - 16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / А.В. Асосков, В.В. Байбак, Р.С. Бевзенко и др.; отв. ред. А.Г. Карапетов. Москва: М-Логос, 2020 // СПС «КонсультантПлюс».
224. Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. № 1. С. 52 – 81.
225. Пастухова Л.С. О специфике человеческой свободы // Logos et Praxis. 2010. № 1. С. 99 – 102.
226. Петрова Д.С. Тщетность цели договора как частный случай тщетности договора по английскому праву // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 12. С. 158 – 173.
227. Печурчик Ю.Ю. Понятие свободы и религии в «Философии духа» Гегеля // Вестник ЛГУ им. А.С. Пушкина. 2009. № 2 (Философия). С. 47 – 56.
228. Плотникова И.Н. Генезис теоретических представлений и правовых основ экономической свободы личности // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 6. С. 31 – 47.
229. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. – М.: Статут, 2002. // СПС «КонсультантПлюс».
230. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – 8-е изд. – Москва: Статут, 2020. 351 с.
231. Полдников Д.Ю. Проблемы договорной теории *ius commune* (XII - XVI вв.) // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2008. № 1. С. 38 – 61.

232. Попондопуло В.Ф. Свобода предпринимательства и антимонопольное законодательство // Российский юридический журнал. 2019. № 2. С. 156 – 163.
233. Пробелы в праве в условиях цифровизации: сборник научных трудов / Д.Р. Алимова, С.А. Афанасьева, Л.Т. Бакулина и др.; под общ. ред. Д.А. Пашенцева, М.В. Залоило. М.: Инфотропик Медиа, 2022. 472 с.
234. Репин Р.Р., Саркисян А.В. К вопросу о правовой природе автопролонгации (самостоятельного продления) действия сделки // Закон. 2016. № 7. С. 127 – 141.
235. Римское право. Учебник для вузов. / И.Б. Новицкий – М: ИКД ЗЕРЦАЛО-М, 2003. 256 с.
236. Римское частное право: учебник для вузов / И.Б. Новицкий [и др.]; ответственные редакторы И. Б. Новицкий, И. С. Перетерский. — Москва : Издательство Юрайт, 2023. // СПС «КонсультантПлюс».
237. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. 1208 с.
238. Рыжов Н.А. О некоторых моментах реализации судами статьи 10 Гражданского кодекса РФ // Юрист. 2017. № 8. С. 14 – 17.
239. Савиных Ф.К. Обязательственное право / Предисловие докт. юрид. Наук, проф. В.Ф. Попондопуло. Перевод с немецкого В. Фукса и Н. Мандро. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004.
240. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153 - 208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018 // СПС «КонсультантПлюс».
241. Секацкая М.А. Моральные аспекты компатибилизма // Философский журнал. 2022. № 3. С. 157 – 171.

242. Сеницын С.А., Дьяконова М.О. Синдицированный кредит как обязательство: истоки и особенности правового регулирования // Предпринимательское право. 2023. № 3. С. 19 – 29.
243. Скловский К.И. Сделка и ее действие. Комментарий главы 9 ГК РФ. Принцип добросовестности. 4-е изд., доп. Москва: Статут, 2019. 278 с.
244. Сметанин Н.В. К вопросу о волевом характере односторонних актов государств // Российский юридический журнал. 2021. № 1. С. 115 – 125.
245. Советское гражданское право. Учебник. Т. 1 / Гальперин Л.Б., Кириллова М.Я., Кофман В.И., Красавчиков О.А., и др.; Под ред.: Красавчиков О.А. - М.: Высш. шк., 1968. – 519 с.
246. Соломин С.К., Соломина Н.Г. Юридические факты и иные жизненные обстоятельства: цивилистический очерк: монография. М.: Юстицинформ, 2022. 168 с.
247. Тай Ю.В., Будылин С.Л. Что написано пером, то исправлено судом. Дело о ректификации договора. Комментарий к решению Апелляционного суда Англии и Уэльса от 31 июля 2019 года по делу FSHC Group Holdings Ltd v. Glas Trust Corporation Ltd (Rev. 1) [2019] EWCA Civ. 1361 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2022. № 8. С. 41 – 62.
248. Танага А.Н. Момент заключения договора в российском гражданском праве: монография. Москва: Проспект, 2023. 120 с.
249. Третьяков И.Е. К вопросу об определении правового статуса осужденных к содержанию в новых видах исправительных учреждений // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2012. № 6. С. 27 – 29.
250. Трунин А.А. Толкование договора в странах Европейского союза // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 5. С. 100 – 126.
251. Турко Д.С. Кантовская моральная автономия воли в современной философии анархизма // X международная конференция «Теоретическая

- и прикладная этика: Традиции и перспективы – 2018. Этика: переосмысление». Санкт-Петербургский Государственный Университет, 15-17 ноября 2018 г. Материалы конференции / Отв. ред. В.Ю. Перов – СПб.: ООО «Сборка», 2018. – 155 с.
252. Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Книга 4. - М.: Статут, 2004. 603 с.
 253. Уваров А.А. О типологии правопонимания в решениях Конституционного Суда РФ // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 5. С. 55 – 59.
 254. Усачева К.А. К вопросу о различии традиций договорного права в странах common law и правопорядках континентально-европейского типа // Вестник гражданского права. 2021. № 3. С. 108 – 116.
 255. Фоков А.П. Современное состояние договоров посредничества в частном праве России и Китая // Международное публичное и частное право. 2022. № 3. С. 41 – 44.
 256. Халфина Р.О. Договор в английском гражданском праве / Халфина Р.О.; Отв. ред.: Орловский П.Е. – М.: Изд-во АН СССР, 1959. – 319 с.
 257. Харитонов А.А. Бездействие в гражданском праве: определение понятия // Пролог: журнал о праве. 2021. № 4 (32). С. 35 – 45.
 258. Хесселинк М.В. Принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 8. С. 157 – 187.
 259. Хиллота В.В. Нейробиология и свобода воли в уголовном праве // Актуальные проблемы российского права. 2022. № 5. С. 134 – 148.
 260. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. – Том 2. – Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 1998.
 261. Цитович П.П. Учебник торгового права. – Киев, издание книгопродавца Н. Я. Оглоблина, 1891 г. – § 21 // ЭПС «Система ГАРАНТ».

262. Черкасова О.В. Нравственно-этические категории в российском гражданском праве // Юрист. 2021. № 10. С. 2 – 8.
263. Черняк Л.Ю. К вопросу о соотношении понятий «Обычай» и «Обыкновение» в теории международного права // Сибирский юридический вестник. 2014. № 4. С. 139 – 146.
264. Швайка А.Е. Обоснование субъективного подхода и допустимости внешних доказательств при толковании завещаний // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 9. С. 45 – 91.
265. Шершеневич Г.Ф. Избранное / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников – М.: Статут, 2016. 496 с.
266. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. Издание девятое (второе посмертное) // Московское научное издательство. 1919. 373 с.
267. Шопенгауэр А. Собрание сочинений: в 6 т. Т. 3: Малые философские сочинения / Пер. с нем.; Общ. ред. и сост. А Чанышева. – М.: ТЕРРА – Книжный клуб; Республика, 2001. 559 с.
268. Штарк Е.В. О феномене свободы воли в немецкой философии // Вестник КГПУ им. В.П. Астафьева. 2014. №4 (30). С. 199 – 202.
269. Югай В.С. Либертарианская интерпретация взглядов Аристотеля на проблему свободы воли // Омский научный вестник. Общество История Современность. 2017. № 1. С. 49 – 51.
270. Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений / В.Ф. Яковлев. – 2-е изд., доп.. – Москва: Статут, 2006. – 238 с.

Диссертации и авторефераты диссертаций:

271. Ахаимова Е.А. Реализация Принципов Европейского договорного права в зарубежном законодательстве: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2010.
272. Байрамкулов А.К. Особенности толкования договора в российском гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2015.

273. Бакин А.С. Субсидиарность в гражданском праве Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Томск, 2014.
274. Виноградов А.А. Процесс гражданско-правовой унификации и гармонизации договорного права в европейском союзе: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. М., 2010.
275. Дроздов-Тихомиров А.А. Своды принципов договорного права как инструмент регулирования сделок в международном коммерческом обороте: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2011.
276. Зайцева Н.В. Формирование концепции субъективного фактора в частноправовых отношениях в законодательстве России и зарубежных государств: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. М., 2023.
277. Кравченко А.А. Секундарные права в российском гражданском праве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2015.
278. Кулаков В.В. Сложные обязательства в гражданском праве: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. М., 2011.
279. Петрова Д.С. Последствия отпадения цели договора в российском праве и английский институт frustration of purpose: сравнительный анализ: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Санкт-Петербург, 2021.
280. Романенко Д.И. Аналогия права (цивилистическое исследование): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Белгород, 2019.
281. Соловьева Л.С. Свобода как антропологическая характеристика: автореф. дисс. ... канд. филос. наук: 09.00.13. Волгоград, 2012.
282. Хидзев А.Т. Акты главы государства в системе законодательства (сравнительно-правовое исследование): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. М., 2017.
283. Чаусская О.А. Применение норм гражданского права: вопросы теории и практики: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Саратов, 2002.

Научная и учебная литература на иностранных языках:

284. Adlercreutz A., Gorton L. Avtalsrätt II, 6th ed. Juristförlaget, Lund, 2010.

285. Alces P. *Trialectic: The Confluence of law, Neuroscience, and Morality*. The University of Chicago Press. London. 2023.
286. Anderson M., Warner V. *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*. 5th ed. Bloomsbury Professional. London, 2023.
287. Angelo A.H., Ellinger E.P. *Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States* // 14 *International and Comparative Law Journal*. 1991 – 1992.
288. Austen-Baker R. *Implied Terms in English Contract law*. 1st ed. Edward Elgar Publishing Ltd. Cheltenham, 2011.
289. *Chitty on Contracts*. Vol. I (General Principles). 32nd ed. / Edited by H. Beale. Sweet & Maxwell, 2012. Para. 14-003.
290. Clarke M. *Notice of Contractual Terms* // *The Cambridge Law Journal*, vol. 35, no. 1, 1976, pp.59. URL: <https://www.jstor.org/stable/4505898> (дата обращения 02.05.2023).
291. *Custom and Trade Usage: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law* // *Columbia Law Review*, Vol. 55, No. 8, 1955, pp. 1192 – 1209. URL: <https://www.jstor.org/stable/1119639> (дата обращения 02.07.2023).
292. Danneman G., Schulze R., Hrsg. *German Civil Code: Burgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Vol. I. Book 1 - 3: § 1 - 1296. Munchen - Baden-Baden, 2020.
293. Dedek H. *Art 6:102: Implied Terms (August 11, 2017)* / *Commentaries on European Contract Laws*, Jansen N., Zimmermann R. (eds.). Oxford University Press. Oxford. 2017. URL: <https://ssrn.com/abstract=3247953> (дата обращения 12.05.2023).
294. François C. «Présentation des articles 1101 à 1111-1 du nouveau chapitre I “Dispositions liminaires”», *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*. URL: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaires/> (дата обращения 22.05.2023).

295. François C. Présentation des articles 1113 à 1122 de la nouvelle sous-section 2 «L'offre et l'acceptation». // La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1. URL: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect1/ssect2-offre-acceptation/> (дата обращения 22.05.2023).
296. Goetz Ch., Scott R. The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions between Express and Implied Contract Terms // California Law Review, vol. 73, no. 2, 1985, pp. 273–274. URL: <https://www.jstor.org/stable/3480312> (дата обращения 01.07.2022).
297. Hedwall M. Tolkning av kommersiella avtal, 2nd ed. Norstedts juridik, Stockholm, 2004.
298. Henckel W. Die Ergänzende Vertragsauslegung // Archiv Für Die Civilistische Praxis, vol. 159, no. 2, 1960. P. 107. URL: <https://www.jstor.org/stable/40993878> (дата обращения 14.03.2023).
299. Hoffman W. On the use and abuse of custom and usage in reinsurance contracts // Tort & Insurance Law Journal, vol. 33, no. 1, 1997, pp. 8–10. URL: <https://www.jstor.org/stable/25763200> (дата обращения 07.05.2023).
300. Hooley R. Controlling contractual discretion // The Cambridge Law Journal, vol. 72, no. 1, 2013, P. 68. URL: <http://www.jstor.org/stable/41819975> (дата обращения 27.04.2023).
301. Kalevitch L. Gaps in Contracts: A Critique of Consent Theory // The Montana Law Review. Vol. 54, No. 2, 1993.
302. Kotz H. European Contract Law. 2nd ed. // Transl. by Mertens G. and Weir T. Oxford University Press, 2017.
303. Kramer A. Implication in Fact as an Instance of Contractual Interpretation // The Cambridge Law Journal. 2004. Vol. 63. No. 2. P. 398. URL: <https://www.jstor.org/stable/4509109> (дата обращения 22.05.2023).
304. Kurzkommentar zum ABGB / Hrsg. von H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. Wien; New York: Springer, 2007.

305. Lander J. Integrationsklausuler & avtalat krav på skriftlighet – Två boilerplateklausuler ur ett rättssäkerhetsperspektiv // Lund University. 2018. URL: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/record/8941555/file/8949417.pdf> (дата обращения 22.05.2023).
306. Lando O., Beale H. Principles of European Contract Law: Parts 1 and 2. Combined and Revised. Kluwer Law International. The Hague, 1999. 561 p.
307. Lewison K. The Interpretation of Contracts. Sweet & Maxwell Ltd. 2011.
308. Libet B. Mind time: The temporal factor in consciousness (Perspectives in Cognitive Neuroscience). Harvard University Press, 2004.
309. Libet B. Unconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain // Progress in Neurobiology. No. 78. 2006.
310. Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006.
311. McCaughran J. Implied Terms: The journey of the man on the Clapham Omnibus // The Cambridge Law Journal. 2011. Vol. 70. No. 3. pp. 607 – 622. URL: <https://www.jstor.org/stable/41301011> (дата обращения 21.04.2023).
312. Mikelenas V. The Main Features of the New Lithuanian Contract law System Based on the Civil Code of 200 // Juridica International. No. 10. 2005.
313. Mlodinow L. Subliminal: How Your Unconscious Mind Rules Your Behavior // New York: Pantheon Books, 2012.
314. Owen M. Contract. Implied Terms // The Cambridge Law Journal, Vol. 43, No. 2, 1984, pp. 230–233. URL: <http://www.jstor.org/stable/4506640> (дата обращения 25.08.2023).
315. Parry D.H., Kerridge R. The Law of Succession. 12th ed. London, 2009.
316. Peden E. 'Implicit Good Faith' - or Do We Still Need an Implied Term of Good Faith? // Journal of Contract Law, vol. 25, 2009. URL: <https://ssrn.com/abstract=1326690> (дата обращения 18.04.2022).
317. Peel E. Treitel on the Law of Contract. 15th ed. Sweet&Maxwell. London, 2020.

318. Peters Ch. The Implication of Terms in Fact // The Cambridge Law Journal. 2009. Vol. 68. No. 3. P. 513 – 515. URL: <http://www.jstor.org/stable/40388829> (дата обращения 22.05.2023).
319. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / Ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I - VI. Munich, 2009.
320. Robertson A. The foundations of implied terms: logic, efficacy and purpose // Degeling S., Edleman J., Goudkamp J. Contract in Commercial Law. Sydney: Law Book Co, 2016.
321. Smith S. Contract Theory. Oxford University Press. Oxford, 2004.
322. Smits J. Contract Law: A Comparative Introduction. 3rd ed. Cheltenham, 2021.
323. Steyn J. Contract law: fulfilling the reasonable expectations of honest men // Law Quarterly Review. No. 113. 1997.
324. Stone R., Devenney J. Text, Cases and Materials on Contract Law. 5th ed. Routledge. Abingdon, 2023.
325. Strohbach H. Filling Gaps in Contracts // The American Journal of Comparative Law. Vol. 27, No. 2/3, pp. 479 – 487. URL: <https://www.jstor.org/stable/840048> (дата обращения 22.05.2023).
326. Unexpected Circumstances in European Contract Law / Hondius E., Grigoleit H.C. (eds.). Cambridge University Press, 2011.
327. Vey A. Assessing the Content of Contracts: Implied Terms from a Comparative Perspective // European Business Law Review, No. 26/2011, 2011, P. 4.
328. Wegner D.M. The Illusion of Conscious Will // Cambridge, MA: MIT Press, 2002.
329. Wenusch H. Der hypothetische Parteiwille: «Guter Preis bleibt guter Preis ...» // ZRB Zeitschrift für Recht des Bauwesens, Vol. 12, No. 1, 2023.

ПРИЛОЖЕНИЯ

Приложение 1. Таблица договорных пробелов по субъективному критерию

Таблица 1

		Субъективное восприятие возникновения пробела	
		Осознанный характер	Неосознанный характер
Наличие воли сторон на урегулирование условия	Присутствие воли	Квалифицированные урегулированные пробелы — условия, осознанно не урегулированные соглашением сторон, но в отношении которых стороны намеревались применить диспозитивную норму закона или обычай	Случайные изначальные пробелы — условия, неосознанно не урегулированные соглашением сторон, но в отношении которых у сторон могла бы быть воля на их регулирование в силу наличия на момент заключения соответствующих обстоятельств
	Отсутствие воли	Квалифицированные неурегулированные пробелы — условия, осознанно не урегулированные ни соглашением сторон, ни другими источниками регулирования, но в отношении которых стороны не намеревались применить какое-либо регулирование	Случайные последующие пробелы — условия, неосознанно не урегулированные соглашением сторон, но в отношении которых у сторон не могло бы быть воли на их регулирование в силу отсутствия на момент заключения соответствующих обстоятельств

Приложение 2. Таблица критериев подразумеваемых фактически условий

Таблица 2

Элементы условия		Придаваемое значение
Тест	Экономический эффект (<i>business efficacy</i>)	Подразумеваемое условие должно быть необходимым для достижения деловых целей сторон и придания договору экономического эффекта. <i>Breen v. Williams</i> ³⁵¹
	Сторонний наблюдатель (<i>officious bystander</i>)	Подразумеваемое условие должно быть настолько очевидным, что оно представлялось бы сторонам само собой разумеющимся, если бы было предложено при заключении договора сторонним наблюдателем. <i>Shirlaw v. Southern Foundries</i> ³⁵²
Характеристика	Разумность и справедливость	Условие, которое, хотя и выгодно одной стороне, налагает значительный ущерб или бремя на другую сторону, не является разумным и справедливым. <i>Codelfa Construction Ltd v. State Rail Authority of NSW</i> ³⁵³
	Ясное выражение	Не может быть включено условие, которое не может быть ясно и четко сформулировано. Недостаточная точность предлагаемого условия является аргументом против его включения. <i>Ansett Transport Industries Pty Ltd v. The Commonwealth</i> ³⁵⁴
	Согласованность	Подразумеваемое условие не должно противоречить какому-либо явно выраженному условию договора. <i>Lynch v. Thorne</i> ³⁵⁵

³⁵¹ См. *Breen v. Williams* [1996] HCA 57.

³⁵² См. *Shirlaw v. Southern Foundries* [1940] AC 701.

³⁵³ См. *Codelfa Construction Pty Ltd v. State Rail Authority of NSW* [1982] HCA 24.

³⁵⁴ См. *Ansett Transport Industries Pty Ltd v. The Commonwealth* [1977] 139 CLR 54.

³⁵⁵ См. *Lynch v. Thorne* [1956] 1 All E.R. 744.

**Приложение 3. Таблица сравнения механизмов исполнения в актах
мягкого права**

Таблица 3

Критерии исполнения	PICC 2016	PECL 2003	ECC 2004	DCFR 2009
Существо (характер) и цель договора	+	+	+	+
Добросовестность и честная деловая практика	+	+	+	+
Практика взаимоотношений сторон	+	—	+	+
Локальные и иные обычаи	—	—	+	+
Принцип разумности	+	—	—	—
Намерения сторон	—	+	+	—
Обстоятельства заключения договора	—	—	+	+