

АРУТЮН САРКИСЯН

Доктрина отказа от права: опыт сравнительно-правового анализа

Если представить отечественную цивилистическую материю в виде средневековой карты, то на отрезке, предназначенном для проблематики отказа от права, было бы написано *hic sunt dracones* - земли не только неизведанные, но и опасные для незадачливого путника¹.

1. Введение

Перечень проблем, связанных с понятием отказа от права, неисчерпаем: начиная от общих проблем ограничения правосубъектности, заканчивая обязательствами с отрицательным содержанием. Сложность и многоаспектность препарируемого явления усиливается в разы за счет сильного переплетения с корпоративным законодательством и антимонопольным регулированием, а также вопросами нормирования профессиональной деятельности отдельных категорий специалистов (в частности, юристов, аудиторов, научных работников и др.), труд которых потенциально сопряжен с конфликтом интересов.

Несмотря на то, что предложенная проблема имеет не только большой академический, но и практический интерес, серьезных исследований на эту тему в России не проводилось. Правоприменительная практика, в свою очередь, не найдя должной поддержки у доктрины, пошла по пути наименьшего сопротивления: посредством расширительного толкования предписаний п. 2 ст. 9 и п. 3 ст. 22 ГК РФ *de facto* был установлен запрет на отказ от права, а любые соглашения, направленные на отказ,

¹ Верховный Суд США в деле *Green vs. United States* указал, что термин *отказ* является чрезвычайно расплывчатым, а потому может быть использован как на благо, так и во зло [см. *Green vs. United States*, 355 U.S. 184, 191 (1957)]. Подробнее о *Danger of Waivers* см. R.E. Towards, *A General Theory of Waiver*, 28 UCLA L. Rev. 478 1980–1981, С. 489–491.

ограничение или воздержание от осуществления права признавались недействительными², за исключением случаев, прямо предусмотренных законом³.

В результате подобных измышлений возникает риск потери правового суверенитета: такие сделки из-за отсутствия их адекватного понимания судами перестали заключаться с использованием инструментария российского права. Очевидно, что на этапе создания ГК в середине 90-х годов прошлого столетия соответствующие положения были оправданы исходя из конкретно-исторических условий. Теперь же, когда конъюнктура рынка изменилась, эти довольно примитивные, категоричные⁴ и лишённые каких либо отступлений от общего правила нормы и их консервативное восприятие судебными инстанциями стали тормозить динамично развивающийся оборот, а потому нуждаются в существенной корректировке, тем более, что в праве ни одной развитой страны мира нет подобных общих императивных предписаний⁵.

В рамках настоящей статьи мы проанализируем англо-американскую и германскую судебную практику и доктрину и сформулируем общие критерии и принципы функционирования отказа от права и воздержания от его осуществления, которые помогут

- 2 Рассматривая дело о взыскании уплаченной арендной платы с арендодателя, препятствующего исполнению договора аренды, суд указал, что в силу положений п. 2. ст. 9 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации), устанавливающих запрет на соглашение об ограничении осуществления гражданских прав, отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав является недействительным и не влечет правовых последствий (подробнее см.: Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.10.2006 по делу N А56-59054/2005). Данное решение устояло и в кассации (см. Постановление ФАС СЗО – Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа - от 29.01.2007 N А56-59054/2005) и в ВАС (см. определение ВАС РФ - Высший Арбитражный Суд Российской Федерации -от 25.05.2007 N 6204/07).
- 3 Заслуживает отдельного внимания т.н. *дело Мегафон*, в котором суд указал, в том числе, что соглашение, по которому акционеры распоряжаются своими правами, знаменует собой отказ от прав, предоставленных РФ, что противоречит п. 2 ст. 1 ГК РФ, ч. 3 ст. 5 Конституции РФ и является ничем иным, как прямым вмешательством в суверенные права государства, нарушением конституционных принципов российского права, основ правового порядка РФ [см. подробнее: Постановления ФАС ЗСО АС от 31.03.2006 N Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11)].
- 4 Заслуживает отдельного внимания т.н. *дело Мегафон*, в котором суд указал, в том числе, что соглашение, по которому акционеры распоряжаются своими правами, знаменует собой отказ от прав, предоставленных РФ, что противоречит п. 2 ст. 1 ГК РФ, ч. 3 ст. 5 Конституции РФ и является ничем иным, как прямым вмешательством в суверенные права государства, нарушением конституционных принципов российского права, основ правового порядка РФ [см. подробнее: Постановления ФАС ЗСО АС - Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа - от 31.03.2006 N Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11)].
- 5 Из рабочих материалов Группы по общим вопросам гражданского права [online]. Москва – международный финансовый центр. Доступны на: <mfc-moscow.com/assets/file/documents/gk_gp_220411.pdf>.

как в критическом осмыслении правового регулирования данного вопроса, так и при структурировании сделок.

2. Отказ от права и воздержание от его осуществления

Наиболее известное определение отказа от права как преднамеренного отказа от известного права или привилегии⁶ приписывают решению Верховного Суда США по делу *Jonson vs. Zerbst*⁷. Из *ratio decidendi* этого дела можно вывести одно чрезвычайно важное для нас умозаключение: отказ от права – это правомерное действие, преимущественно односторонняя⁸ сделка⁹, знаменующая собой ясное, недвусмысленное и окончательное действие, направленное на определенную цель: прекращение субъективного права¹⁰ посредством распоряжения им¹¹.

П. 2 ст. 9 ГК РФ устанавливая, что отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом, тем самым подтверждает исходный тезис: отказ от права только тогда обладает правопрекращающим эффектом (следовательно, является именно отказом от права), когда законом это прямо предусмотрено, например, отказ от наследства (1157 ГК РФ) или отказ от права в рамках акционерных соглашений и соглашений между участниками обществ с ограниченной ответственностью.

От отказа от права как односторонней сделки следует отличать воздержание от осуществления субъективного права – двустороннюю сделку, не имеющую правопре-

6 *Jonson vs. Zerbst*, 304 U.S. 458, 464 (1938).

7 Отмечу, что это определение не было придумано Верховным Судом: он перефразировал уже сформированную общим правом дефиницию: *intentional relinquishment of a known right* [*Clark vs. West*, 193 N.Y. 349, 360,86 N.E.1, 5 (1908)].

8 28 Am. Jur. 2d. Estoppel and Waiver, § 183.

9 Эту логику Верховного суда США поддержали суды в ряде дел см. например *United States vs. Wynn*, 528 F.2d 1048, 1050 (5th Cir. 1976); *Ricker vs. United States*, 417 F. Supp. 133, 139 (N.D. Me. 1976); *Law vs. United States Dep't of Agriculture*, 366 F. Supp. 1233, 1240 (N.D. Ga. 1973).

10 Если обратиться к германской доктрине отказа от права (*Verzicht*), то можно сделать интересное лексическое наблюдение: немецкий язык очень точно передает правопрекращающий эффект отказа от права, используя выражение *Verhältnisbereinigen*, что буквально означает *очистить правоотношение, разорвать правовую связь*.

11 F.J. Basedow, *Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte, Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB*, AcP 182(1982), С. 335 (363 f), 28 Am. Jur. 2d Estoppel and Waiver, §§ 198–204.

крашающего эффекта¹². Вопреки распространенному заблуждению¹³, п. 2 ст. 9 ГК РФ вовсе не содержит запрета на воздержание от осуществления, использования и реализации субъективного гражданского права. Напротив, содержанием такого соглашения является негативное обязательство¹⁴, которое прямо разрешено законодателем в легальной дефиниции обязательства в п. 1 ст. 307 ГК РФ.

В этом смысле, не может не радовать то обстоятельство, что на практике встречается именно такое юридически корректное понимание института воздержания от осуществления и критериев его действительности: условия кредитного договора устанавливают обязанность заемщика воздерживаться от совершения определенных действий, в том числе от совершения некоторых видов сделок. При этом действия, которые обязан не совершать заемщик, в достаточной степени конкретизированы, а обязанность не совершать их – ограничена временными рамками. Кроме того, принятие заемщиком на себя такого рода обязанностей было связано с получением им имущественного блага - кредита, причем без предоставления какого-либо обеспечения. В связи с этим суд счел, что включение в кредитный договор подобных условий не было направлено на ограничение правоспособности или дееспособности ответчика¹⁵.

3. Критерии действительности отказа от права и воздержания от его осуществления¹⁶

Исходя из того, что как отказ от права (в случаях, прямо предусмотренных законом), так и воздержание от его осуществления, представляют собой сделки, то к ним подлежат применению общие принципы контрактного права¹⁷.

12 Подробнее см.: J.S. Solomon, Negotiating forbearance agreement, Corporate&Finance Alert [online]. Gibbons P.C. Доступны на: http://www.gibbonslaw.com/news_publications/articles.php?action=display_publication&publication_id=2733>; G.L. Gerson, Esq. Forbearance agreements. May 2009 [online]. Gerson Law Firm APC. Доступны на: <http://www.gersonlaw.com/images/content/forbearance_agreements.pdf>.

13 В.А. Ершов, А.В. Сутягин, А.Н. Кайль, Постатейный комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации [online].

14 J. Kleinschmidt, *Der Verzicht im Schuldrecht: Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 2004, С. 21–24.

15 Постановление ФАС Дальневосточного округа от 12.05.2003 № Ф03-А59/03–2/957, см также: Постановление 17 ААС от 25.02.2009 по делу NA60–26982/2008.

16 Напомним, что действительность конкретного условия является предметом судебской оценки (см. *Alsens Am. Portland Cement Works vs. Degnon Cont. Co.*, 222 N.Y. 34, 37, 118 N.E. 210, 210 (1917), *Titus vs. Glenns Falls Ins. Co.*, 81 N.Y. 410, 419 (1880), 31 C.J.S. Estoppel and Waiver, § 86).

17 Rubin. *Ibid.*

В рамках нашего обзора-обобщения американской и немецкой судебной практики и доктрины удалось выявить ряд критериев, которые суды используют при оценке соответствующих условий:

- существует ли право, от которого отказываются (нельзя отказаться от будущего права) и знает ли отказывающееся лицо о его существовании¹⁸. Тот же принцип закреплен в DCFR: сторона по договору может отказаться от уже возникшего права, о котором она осведомлена¹⁹;
- каково основание возникновения права (из закона или из договора)? Это имеет принципиальное значение при решении вопроса об объеме распорядительной власти в отношении конкретного права, о защите интересов третьих лиц и соблюдении баланса ценностей. Отказ от прав из договора возможен, по общему правилу²⁰, всегда и может быть принудительно исполнен²¹. В свою очередь, отказ от прав из закона, особенно от некоторых конституционных прав, также возможен, но будет подчиняться более жестким стандартам²², ибо здесь затрагивается не только частный, но и публичный интерес. Законодатель вправе предусмотреть случаи, когда отказ может быть ограничен или прямо запрещен: такой отказ, в отличие от предыдущего случая, будет считаться ничтожным;
- обладает ли отказывающееся лицо полной распорядительной властью в отношении права²³, не требуется ли для ее реализации воля третьих лиц? Это условие вытекает из идеи о том, что отказ от права прекращает само право: отказаться от права можно только в той степени, в которой его можно передать²⁴. В этом смысле, особого внимания заслуживает характеристика достигаемого правового эффекта: если при отказе от права лицо *распоряжается* своим правом, определяет его юридическую судьбу, то при воздержании от осуществления лицо *не пользуется* правом, не актуализирует его и не использует полезные свойства. На практике, при возникновении трудностей по разграничению указанных договорных конструкций предлагается применять критерий направленности волеизъявления;

18 P. Segrest, *Waiver and Estoppel*, 53 Lnd. L.J 601 1977, С. 332.

19 Draft Common Frame of Reference п. 3 ст. II. - 1:102.

20 Кроме тех случаев, когда в договоре предусмотрено *незаконное, недопустимое и аморальное* исполнение (см.: 28 Am. Jur. 2d. Estoppel and Waiver, §198).

21 *Wirt. vs. Parker Scholl Dist.*, №. 60–4 689 N.W.2d 901. D., 2004;

22 28 Am. Jur.2d. Estoppel and Waiver, §§200–204.

23 Еще Г.Ф. Шершеневич писал о способности права *к отречению*. См. подробнее: Г.Ф. Шершеневич, *Учебник русского гражданского права*, Москва Статут 2005, т. 1, С.103–104.

24 В. Windscheid/Т. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 Bände, 9. Auflage, 1906, Neudruck 1963. *Für die Brockhaus-Enzyklopädie*, 19. Auflage, Band 23, 1994. § 69 № 13–14.

- был ли отказ полезным: сторона должна извлекать соразмерную имущественную или неимущественную выгоду²⁵, содержание которой не противоречит публичным интересам;
- был ли соблюден принцип равенства переговорных возможностей сторон, которое, в частности, будет выражаться, в отсутствии пороков воли (обман, заблуждение, насилие, ошибка и др.);
- не противоречит ли тот правовой результат, на которое направлено соглашение об отказе, публичным интересам и государственной политике²⁶, не нарушает ли закон и не ущемляет ли права третьих лиц²⁷. При этом *непротиворечивость* не означает, что при обнаружении явной или мнимой коллизии суды непременно встанут на защиту публичного правопорядка: вопрос будет заключаться в поиске баланса ценностей²⁸. Например, между отказом от права на товарный знак и защитой от недобросовестной конкуренции²⁹, отказом от права на часть заработной платы и правом на достойный уровень проживания³⁰;
- отказ должен быть концептуально ясным³¹, недвусмысленным, четким и понятным³². Это означает, что, во-первых, отказывающееся лицо должно осознать, от какого права и на каких условиях она отказывается, предвидеть, что такой отказ может привести к изменению, прежде всего, в ее имущественной сфере и желать его совершить. Во-вторых, другая сторона должна быть осведомлена об отказе³³. В-третьих, условие об отказе должно быть результатом переговорного процесса, на него необходимо отдельно обратить внимание³⁴ (обычно, это фик-

25 Интересным примером является дело *Lacey v. Laird* (1956): пациентка отказывалась от своего права из деликта требовать компенсации за определенные типы травм взамен на проведение операции. В деле *Alexander vs. Gardner-Denver Co* профсоюз отказался от права на забастовку взамен на ежемесячную денежную компенсацию от работодателя.

26 Rubin, C. 513.

27 28 Am. Jur.2 d. Estoppel and Waiver, § 196.

28 U. Hofmann, *Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht*, Diss. Zürich 1984, 1985, C. 126 ff.; H.U. Stauffer, *Der Verzicht auf Forderungen aus Arbeitsvertrag und seine Auswirkungen auf die Arbeitslosenversicherung*, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 32 (1988), C. 180.

29 *General Baking Co. German*, 3 F. 2d 891, 893 (Lst Cir. 1925).

30 *Peterson vs. City of Parson*, 139 Kan. 701, 33 P.2d 715 (1934).

31 Rubin, C. 542.

32 В частности, суд в деле *United States vs. Wynn* использовал требование о соответствии условия об отказе минимальным критериям ясности (clarity). Подробнее см. также Ruben, C. 108.

33 *Henningson vs. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 390, 161 A.2d 69 (1960); *Agricultural Ins. Co. vs. Constantine*, 144 Ohio St. 275, 58 N.E.2d 658 (1944); *Cutler Corp. vs. Latschaw*, 374 Pa I. 97 A.2d 234 (1953).

34 *Hügel vs. General Motors Corp.*, 190 Colo. 57, 544 P. 2d 983 (1975); *Allen vs. Michigan Bell Tel. Co.*, 18 Mich. App. 632, 1714.W.2d 689 (1969).

сируется в документах, опосредующих переговорный процесс: переписка, меморандумы о доверии и др.), т.е. условие должно быть *заметным*³⁵.

Все вышесказанное можно свести к формуле, уже на протяжении полувека используемой в американских судах: если нет

ни равных переговорных возможностей, ни равной рыночной власти, ни обсуждений и никакой пользы от контракта для другой стороны, действия которой выражаются разве что в символическом проставлении своей печати на бланке документа, то такая сделка будет считаться недействительной³⁶.

4. Заключение

Выявленные нами критерии отказа от права и воздержания от его осуществления, носят универсальный характер, потому что опираются на общие принципы контрактного права. Это, в частности, означает их жизнеспособность в условиях цивилизованного правопорядка. Представляется, что идеи, выраженные автором в рамках настоящей статьи, могут быть положены в основу исследования институтов отказа от права, воздержания от права и отграничению их от смежных правовых явлений.

Биографическая аннотация:

Арутюн Саркисян – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет. Научные интересы: гражданское право (в частности, английское контрактное право, немецкое обязательственное право), корпоративное право и сделки M&A, банковское право, гражданский и арбитражный процесс, международное частное право, административное право, спортивное право, государственно-частное партнерство и проектное финансирование, антимонопольное регулирование, информационная безопасность и персональные данные.

35 The Magnuson-Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act 15 U.C.C. §§ 2301–2312 (1975), Uniform Commercial Code (U.C.C.), также см. Greenspun vs. American Adhesive, Inc., 320 F. Supp. 442 (E.D. Pa. 1970); Mack Trucks, Inc. vs. Jet Asphalt & Rock Co., 246 Ark. 101, 109, 437 S.W.2d 459, 463 (1969).

36 Подробнее см. Gray vs. Zurich Ins. Co., 65 Cal. 2d 263, 419 P.2d 168, 54 Cal. Rptr. 104 (1966); Tunkl vs. Regents of Univ. of Cal., 60 Cal. 2d 92, 383 P.2d 441, 32 Cal. Rptr. 33 (1963).

SUMMARY

The waiver in civil law doctrine: experience of comparative legal analysis

The study aims at an analysis of the functioning of the notion of waiver in the civil law doctrine. The author present that act of one person that results in the surrender of a legal right in the context of comparative approach.

KEYWORDS: waiver, civil law, legal comparative