

## Непринудительные сделки в российском праве

С. Л. Будылин

Как известно, сделками признаются действия физических и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ). Частным видом сделки являются двух- или многосторонние договоры (п. 1 ст. 154 ГК РФ).

Сделка признается недействительной (ст. 166 ГК РФ), т. е. не влекущей предусмотренных участниками сделки юридических последствий, и влечет лишь «последствия недействительности» сделки (п. 1 ст. 167 ГК РФ). «Последствиями недействительности» является, как правило, обязанность возврата сторонами друг другу всего полученного по сделке (реституция) (п. 1 ст. 167 ГК РФ). Но в определенных законом случаях возможны иные последствия, такие как взыскание всего полученного по сделке в доход государства (ст. 169 ГК РФ).

Напротив, последствием действительной сделки является возникновение у ее сторон предусмотренных сделкой обязательств. В частности, исполнение договора обязательно для его сторон (п. 1 ст. 425 ГК РФ); нарушение возникшего таким образом обязательства влечет ответственность должника (ст. 393 ГК РФ). При необходимости суд может принудить должника к исполнению обязательства и (или) применить к нему меры ответст-

венности (т. е. сделка подлежит судебной защите).

Возникает вопрос: если закон не устанавливает недействительности данной сделки, всегда ли заключение такой сделки влечет возникновение обязательств, защищенных государством? Оказывается, не всегда.

Существуют несколько видов договоров, которые, с одной стороны, не являются недействительными, а с другой стороны, не подлежат судебной защите. К ним относятся сделки-пари и договоры на оказание юридических услуг с оплатой «по результату». Следует упомянуть также возможность лишения судебной защиты в силу истечения срока исковой давности, а также ввиду злоупотребления правом. Такие не защищенные государством сделки можно назвать «непринудительными», хотя этот термин и не закреплен ГК РФ.

Концепция деления договоров на принудительные и непринудительные в целом нехарактерна для российского права, делающего акцент на делении сделок на действительные и недействительные<sup>1</sup>. То же можно сказать и о других континентально-европейских странах, например, Германии (*Bürgerliches Gesetzbuch*, § 104—144). В то же время для таких стран, как Великобритания и США, где центральным элементом

---

*Будылин Сергей Львович* — старший юрист компании Roche & Duffay.

---

<sup>1</sup> См., например: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Книга 1. М., 2001.

правовой системы являются суды, фундаментальной характеристикой договора можно считать именно его принудительность или непринудительность (enforceability/unenforceability)<sup>2</sup>. В частности, в США договор, противоречащий публичному порядку (в том числе ввиду нарушения закона), классифицируется как непринудительный (unenforceable) (Restatement of the Law, Second, Contracts, § 178). Это значит, что договор не получает судебной защиты, но и реституция в отношении полученного по нему, по общему правилу, не производится (§ 197). Иначе говоря, суд «оставляет стороны в том положении, в котором он их нашел» (§ 197, Comment a). Сказанное относится, в частности, к игорным транзакциям, которые в большинстве штатов запрещены законом (§ 178, Illustration 1).

Таким образом, для России (в отличие от США) непринудительный договор, не являющийся действительным, скорее исключение, чем правило. Данное исключение и является предметом статьи.

### «Сделки-пари»

Согласно действующему законодательству РФ, «требования..., связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите». Исключение составляют требования лиц, «принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари» (ст. 1062 ГК РФ). Сделки такого рода оспоримы (могут быть признаны судом недействительными по иску потерпевшего) (ст. 179 ГК РФ). Отказ в судебной защите

не относится также к лотереям, тотализаторам и иным играм, проводимым государством и муниципальными образованиями или по их разрешению: сделки такого рода подлежат судебной защите в обычном порядке (ст. 1063 ГК РФ).

Таким образом, по общему правилу сделки-пари и игровые сделки не подлежат судебной защите. На этом основании некоторые авторы приходят к выводу, что такие сделки недействительны<sup>3</sup>. По нашему мнению, с этим трудно согласиться. Согласно ст. 166 ГК РФ, сделка признается недействительной лишь «по основаниям, установленным настоящим Кодексом». Однако ГК РФ не употребляет термин «недействительность» (а также «ничтожность» или «оспоримость») в отношении рассматриваемых сделок. Следовательно, данные сделки являются не недействительными, а именно непринудительными (пользуясь термином, не зафиксированным в ГК РФ). Это значит, что совершать подобные сделки не возбраняется, но в случае спора между сторонами суд не будет участвовать в его разрешении. Поскольку недействительности сделки нет, то и реституция (возврат уплаченного) по подобной сделке также не может быть осуществлена принудительно.

Данный вид сделок — единственный конкретный вид, который ГК РФ лишает судебной защиты, не объявляя при этом их недействительными. Очевидно, логическое обоснование такого отношения состоит в том, что данные сделки не представляют собой интереса для общества. Исторически столь негативное отношение к играм и пари восходит еще ко временам Древнего Рима<sup>4</sup>. Может показаться, что практическое значение данного вида сделок незначительно. Одна-

<sup>2</sup> См.: Осаке К. Экономико-философская интерпретация договора в англо-американском общем праве: либеральная теория договора // Журнал российского права. 2004. № 9.

<sup>3</sup> См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. Гл. IV. § 6.

<sup>4</sup> Там же.

ко это не так. Некоторые экономически важные виды договоров признаются российскими судами сделками-пари. Речь идет о форвардных контрактах, т. е. о договорах поставки (обычно валюты или ценных бумаг) с датой поставки и оплаты в будущем, но с ценой сделки и условиями поставки, зафиксированными в момент заключения договора. Как это ни парадоксально, данные договоры могут быть признаны сделками-пари. Логическое обоснование этого состоит в том, что заключившее форвардный контракт лицо фактически делает ставку на то или иное изменение курса (валюты, ценной бумаги и т. п.), получая в будущем прибыль или убыток в зависимости от точности своего прогноза. Абсолютно убедительным данное обоснование не выглядит, поскольку ставит под вопрос вообще любые сделки, кроме сделок, предусматривающих немедленное исполнение.

Почему же данные договоры поставки получили квалификацию игорных транзакций? Для понимания этого совершим небольшую историческую экскурсию. После государственного дефолта 1998 г. российская банковская система оказалась на пороге краха. При этом обнаружилось, что значительная часть задолженности российских банков перед нерезидентами сосредоточена в форвардных контрактах на поставку валюты. По оценкам Центрального банка РФ, данная задолженность составляла 6 млрд долл.<sup>5</sup> Для нерезидентов эти контракты служили средством страхования от риска колебания валютного курса (в таком качестве чаще всего и используются форвардные контракты). Государство предпринимало экстраординарные усилия по спасению гибнущей банковской системы. Очевидно, в этом контексте

и следует рассматривать решение Президиума ВАС РФ, поддержавшего возникшую непосредственно перед кризисом практику нижестоящих судов, которые квалифицировали форвардные контракты как сделки-пари и, соответственно, отказывали иностранным инвесторам в судебной защите<sup>6</sup>.

Обстоятельства данного дела были следующими. Два российских банка в рамках генерального соглашения заключили 17 конверсионных сделок (по купле-продаже валюты) на условиях «расчетный (индексный) форвард». После того как один из банков отказался выполнить условия сделок (погасить задолженность, возникшую в результате изменения валютного курса), другой банк обратился с иском в арбитражный суд. Суд в иске отказал (с подтверждением решения в апелляционной инстанции), квалифицировав данные сделки как пари. Рассмотрев дело в порядке протеста, Президиум ВАС РФ отменил следующее. Во-первых, стороны не предполагали производить фактическую передачу базового актива сделки, т. е. сделка была сделкой на разницу (валютного курса). Во-вторых, отсутствуют доказательства того, что данные сделки совершались хотя бы одним из участников с какой-либо хозяйственной целью (страхование рисков по валютным контрактам, инвестициям и т. п.). Вывод надзорной инстанции: данные сделки являются разновидностью игровых сделок и не подлежат судебной защите. В результате акты нижестоящих судов были оставлены без изменения, протест — без удовлетворения.

Рассматриваемые сделки характеризуются судом именно как «не подлежащие защите», а не как «недействительные». Отметим также, что хотя речь здесь идет лишь

<sup>5</sup> См.: Сычева Л., Михайлов Л., Тимофеев Е. и др. Кризис 1998 года и восстановление банковской системы. М., 2001. С. 18.

<sup>6</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 8 июня 1999 г. № 5347/98 // Вестник ВАС РФ. 1999. № 9.

о форвардных сделках, аналогичная аргументация применима и к другим видам срочных сделок, таким, как фьючерс (по существу, стандартизованная разновидность форвардной сделки) и опцион (договор, предоставляющий в обмен на премию право на покупку или продажу актива в будущем, но с ценой сделки и условиями поставки, зафиксированными в момент заключения договора). В современной международной практике все эти виды срочных сделок являются стандартными инструментами финансового менеджмента, ввиду чего лишение их судебной защиты в Российской Федерации представляется весьма спорным шагом. Данная интерпретация ст. 1062 ГК РФ была оспорена одним иностранным инвестором в Конституционном Суде РФ, но безуспешно<sup>7</sup>. Как свидетельствуют материалы дела, иностранный банк заключил с российским банком договор расчетного форварда. После того как российский банк отказался выполнить условия сделки, иностранный банк обратился с иском в арбитражный суд. Суд в иске отказал (с подтверждением решения в апелляционной инстанции) на основании ст. 1062 ГК РФ, квалифицировав сделки как игровые. Иностранный банк попросил признать данную статью неконституционной «в той мере, в какой она позволяет судам лишать судебной защиты требования, возникающие из расчетных форвардных контрактов, заключенных банками в процессе осуществления ими предпринимательской деятельности». КС РФ отметил следующее. Во-первых, риски по форвардным сделкам, определяемые будущим изменением цен базисного актива, не могут рассматриваться как обычные предпринимательские риски. Во-вторых, законодательство РФ не содержит

критериев, позволяющих однозначно квалифицировать рисковую сделку, заключенную на условиях расчетного форварда. Данное обстоятельство не препятствует арбитражным судам самостоятельно квалифицировать сделку, «оценивая на основе установления и исследования фактических обстоятельств конкретного дела как формальную сторону, так и действительное содержание, существо сделки». Вывод: ст. 1062 ГК РФ «не препятствует предоставлению судебной защиты требованиям, вытекающим из расчетного форвардного контракта, если по своему существу он соответствует гражданско-правовым критериям сделок, требования по которым подлежат защите в судебном порядке». В результате производство по делу было прекращено. Однако КС РФ призвал федерального законодателя урегулировать рынок срочных контрактов, не оставляя столь важный вопрос лишь на усмотрение судов.

Таким образом, согласно мнению КС РФ, каждый форвардный контракт подлежит индивидуальной оценке на предмет того, является ли он сделкой-пари и, соответственно, подлежит ли судебной защите.

Не все специалисты по конституционному праву согласны с таким подходом. Судья КС РФ Г. А. Гаджиев выступил с особым мнением по данному делу. Он отметил, что непредоставление возникающим из форвардных контрактов требованиям исковой защиты следует признать чрезмерным ограничением конституционного права на свободу предпринимательства, а также что сложившаяся судебно-арбитражная практика применения ст. 1062 ГК РФ является первичной причиной, препятствующей полноценному развитию рынка срочных контрактов. По мнению Г. А. Гаджиева, срочные сделки не являются теми играми и пари, о которых идет речь в ст. 1062 ГК РФ.

<sup>7</sup> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2002 г. № 282-О // Вестник КС РФ. 2003. № 1.

В дальнейшем в Государственную Думу ФС РФ вносились предложения по законодательному выведению срочных контрактов из класса «сделок-пари», но пока безуспешно. Однако в июне 2006 г. соответствующие поправки были, наконец, одобрены в первом чтении. Согласно законопроекту, внебиржевые сделки могут быть оспорены в суде, если одна из сторон — банк или компания имеет лицензию на осуществление операций на рынке ценных бумаг<sup>8</sup>.

Итак, сделки-пари и игровые сделки, по общему правилу, лишены судебной защиты. Суды часто квалифицируют форвардные контракты как разновидность такого рода сделок. Данное толкование закона весьма спорно и экономически небезобидно. Законодательное урегулирование правового вопроса о квалификации срочных сделок является насущной необходимостью для развития российского финансового рынка.

### «Гонорар успеха»

Второй пример не принудительного договора относится совсем к другой области — к отношениям между юридической фирмой и ее клиентом. В данном случае основанием не принудительности сделки является не закон, а акт высшей судебной инстанции (впрочем, отчасти то же относится и к форвардным контрактам, квалифицируемым, как пари).

В международной практике распространены различные виды оплаты услуг юриста: фиксированная сумма за выполнение определенной работы; оплата по затраченному времени; оплата по достигнутому результату (как правило, речь идет об исходе судебного дела). Применимость последнего вида оплаты (так называемый гонорар успеха)

оценивается законом различных стран неоднозначно: как правило, действуют те или иные ограничения на его использование.

В западных странах отношения между юристом и его клиентом регулируются не только законом как таковым, но и кодексами юридической этики (правилами профессиональной ответственности). Несмотря на название, данные документы имеют, по существу, силу закона, так как действуют в отношении всех юристов, а санкции за их нарушение обеспечены судебной поддержкой. Скажем, в США каждый штат имеет свой кодекс профессиональной ответственности юриста, основанный на модели, разрабатываемой Ассоциацией американских юристов (АВА)<sup>9</sup>. Модельные правила запрещают взимание гонорара, зависящего от исхода дела (*contingency fee*), если дело касается развода, получения алиментов, а также в уголовных делах (*Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.5(d)*). Однако в прочих гражданских делах «гонорар успеха» считается вполне допустимой формой оплаты труда юриста и достаточно широко используется.

В Великобритании соглашения о гонораре юриста, зависящие от исхода дела, традиционно были лишены судебной защиты<sup>10</sup>. Логическое обоснование — необходимость исключить инициацию судебных дел финансово заинтересованными юристами (характеризовалось как «незаконное финансовое участие в процессе» — *maintenance and champerty*). Более того, до 1967 г. (*Criminal Law Act 1967*) такого рода «незаконное финансовое участие»

<sup>9</sup> См.: *Model Rules of Professional Conduct (ABA 2004)* [http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc\\_home.html](http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc_home.html).

<sup>10</sup> См., например: *Re Treppca Mines Ltd (No 2)*, [1963] Ch 199 (соглашение о выплате юристу в качестве гонорара 25 % полученного по судебному решению не подлежит принудительному исполнению (*unenforceable*)).

<sup>8</sup> См.: *Петрачкова А. Защита форвардов // Ведомости. 2006. № 109.*

признавалось не только деликтом, но даже уголовным преступлением. Однако в 1990 г. последовала частичная либерализация (Courts and Legal Services Act 1990, s. 58(3)), а в 1999 г. оплата по результату была признана допустимой (с ограничениями по сумме) для всех категорий дел, кроме уголовных и семейных (Access to Justice Act 1999, s. 27(1)). Местные правила профессиональной этики запрещают взимание оплаты по результату, но не всегда, а лишь «за исключением случаев, разрешенных писанным законом или общим правом» (Solicitors' Practice Rules 1990 (last amended 2005), Rule 8). Таким образом, в настоящее время отношение к оплате юриста по результату в Англии почти то же, что и в США (однако в США нет явных ограничений по сумме вознаграждения).

В России Кодекс профессиональной этики адвоката (далее — КПЭА) предписывает «воздерживаться от заключения соглашения о гонораре, при котором выплата вознаграждения ставится в зависимость от окончания дела в пользу доверителя». Это, однако, не относится к имущественным спорам, «по которым вознаграждение может определяться пропорционально к цене иска в случае успешного завершения дела» (п. 3 ст. 16). Отметим, что Кодекс действует лишь в отношении адвокатов, но не прочих юристов. Ввиду этого в целом значение данного документа гораздо ниже его аналогов в западных странах.

Нормативными актами вопрос о «гонораре успеха» не урегулирован. Тем не менее, в 1999 г. Президиум ВАС РФ издал информационное письмо, в котором содержится указание на то, как судам следует интерпретировать соглашения об оплате юридических услуг<sup>11</sup>. Согласно данному документу, при рас-

смотрении споров, связанных с оплатой оказанных в соответствии с договором правовых услуг, «следует исходить из того, что отказ заказчика от оплаты фактически оказанных ему услуг не допускается». Вместе с тем «не подлежит удовлетворению требование исполнителя о выплате вознаграждения, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем». Размер вознаграждения в таком случае определяется по ст. 424 ГК РФ (цена за «аналогичные услуги»).

Таким образом, договор, предусматривающий оплату юридических услуг в зависимости от исхода судебного дела, не подлежит судебной защите в части взыскания оплаты, т. е. договор является непринудительным применительно к клиенту. При этом речь не идет о недействительности такого договора (в частности, не указывается на возможность принудительного возврата оплаты, если она уже произведена). Подчеркнем также, что тезис Президиума ВАС РФ об отказе в удовлетворении требования не обоснован ссылкой на какой-либо нормативный акт.

Как известно, информационные письма Президиума ВАС РФ формально не являются обязательными для нижестоящих судов, в отличие от постановлений Пленума ВАС РФ (ср. ст. 12 и 16 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»). В связи с этим и оспорить информационное письмо не представляется возможным. На практике для всех нижестоящих судов значение подобных документов ничуть не меньше,

ки, возникающих при рассмотрении споров, связанных с договорами на оказание правовых услуг // Вестник ВАС РФ. 1999. № 11 (далее — Информационное письмо № 48).

<sup>11</sup> См.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 29 августа 1999 г. № 48 «О некоторых вопросах судебной практи-

чем значение нормы закона. По существу, речь в данном случае идет о введении судебным органом новой правовой нормы, не предусмотренной нормативным актом. Отметим, что данная «норма» распространяется лишь на систему арбитражных судов, но не на суды общей юрисдикции.

Поскольку адвокаты не являются предпринимателями (п. 2 ст. 1 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), их иски к клиентам подведомственны судам общей юрисдикции, а не арбитражным судам (ст. 27 АПК РФ). Кроме того, с формальной точки зрения, отношения адвоката и клиента часто оформляются договором поручения, а не «договором на оказание правовых услуг», которому посвящено Информационное письмо № 48. Однако если речь идет о договоре между юридическими лицами на оказание юридических услуг, спор будет рассматриваться именно арбитражным судом.

Так, в одном из дел, рассмотренных ФАС Московского округа, решение было принято с явной ссылкой на данное Информационное письмо № 48<sup>12</sup>. Двумя юридическими лицами был заключен договор на оказание юридических и консультационных услуг, предметом которого было «признание арбитражным судом недействительным» требования налогового органа по уплате денежной суммы. Когда дело было выиграно, клиент отказался платить. Арбитражный суд по иску исполнителя решил дело в пользу истца в двух инстанциях. Однако ФАС Московского округа, рассмотрев кассационную жалобу ответчика, указал на следующее. Во-первых, в деле вообще не имеется доказательств фактического оказания исполнителем услуг, обусловленных договором. Во-вторых, ис-

тец не опроверг наличия в договоре условия, ставящего размер оплаты услуг в зависимость от решения суда, которое будет принято в будущем. Следовательно, согласно Информационному письму № 48, требование истца не подлежит удовлетворению. В результате акты нижестоящих судов были отменены, а в иске было отказано.

Еще в одном деле, дошедшем до Президиума ВАС РФ, Управление делами Президента РФ отказалось выплатить коллегии адвокатов предусмотренный договором гонорар, установленный в фиксированной сумме, но составляющий ровно один процент от суммы (137 млн долл.), подлежащей взысканию с должника. Договор ставил оплату в зависимость от предоставления соответствующих судебных актов и исполнительных листов. Президиум ВАС РФ определил, что «фактически оказанные услуги» адвокатов были полностью оплачены, а оставшаяся часть гонорара не соответствует «фактическим трудозатратам», а зависит от принятия в будущем судебных актов. В результате были отменены акты первой и третьей инстанции, а оставлено в силе постановление апелляционной инстанции, отказывающее в удовлетворении иска адвокатов.<sup>13</sup>

Есть еще одно немаловажное обстоятельство. Предположим, договор на оказание юридических услуг предусматривает оплату, зависящую от результатов рассмотрения в суде дела, и клиент не оспаривает данного положения. Предположим, дело это выиграно и победившая сторона ходатайствует о возмещении ей судебных расходов, включая оплату по данному договору. Если требование о выплате вознаграждения юристов не подлежит удовлетворению судом (т. е. договор является не принудительным в этой части), то суды обычно также отказывают вы-

<sup>12</sup> См.: постановление ФАС Московского округа от 5 марта 2004 г., 27 февраля 2004 г. № КГ-А40/1101-04. .

<sup>13</sup> Постановление Президиума ВАС РФ № 11406/03 от 2 декабря 2003 / Вестник ВАС РФ. 2004. № 5.

игравшей дело стороне в возмещении расходов, связанных с таким договором. Это уже относится к оплате юридических услуг не только организаций, но и индивидуальных адвокатов. В целом данное правило выглядит логично, но следует отметить, что оно не только не основано на законе, но и не сформулировано хотя бы в информационном письме Президиума ВАС РФ (обнаружить его можно лишь в судебных решениях кассационных инстанций).

Например, в одном из дел, рассмотренных ФАС Северо-Западного округа, речь шла о решении налоговой инспекции об отказе налогоплательщику в возмещении НДС по экспортной сделке<sup>14</sup>. Налогоплательщик обратился в арбитражный суд с заявлением о признании данного решения недействительным. Дело было решено в пользу налогоплательщика в двух инстанциях. Налоговый орган обратился в ФАС Северо-Западного округа с кассационной жалобой, а налогоплательщик вместе с отзывом на жалобу представил ходатайство о возмещении судебных расходов, связанных с оплатой услуг представителя (в размере около 10 тыс. руб.). Кассация оставила жалобу налоговой инспекции без удовлетворения, но и в ходатайстве налогоплательщика о возмещении судебных расходов отказала, указав на следующее. Согласно договору на оказание юридических услуг, заключенному между налогоплательщиком и адвокатским бюро, вознаграждение исполнителя составляет полтора процента от «возвращенных заказчику сумм». Однако, в соответствии с Информационным письмом № 48, подобные требования не подлежат удовлетворению, поскольку поставлены в зависимость от будущего решения суда. Вывод кассационной инстанции: данные судебные расходы не подлежат взысканию.

Это дело ясно показывает отрицательную сторону рассмотренного неписаного правила: несмотря на вполне скромную сумму вознаграждения, выигравшая сторона оказалась лишена возможности взыскать эту сумму с проигравшей стороны.

Представляется, что лишение судебной защиты всех договоров на оказание юридических услуг с оплатой «по исходу дела» не соответствует принципу свободы договора и не стимулирует повышения качества услуг юристов. Исходя из международного опыта, следует признать такие договоры допустимыми в отношении имущественных исков, возможно, с определенными ограничениями. Отдельный вопрос: каким образом должно быть зафиксировано данное правило? Информационное письмо Президиума ВАС РФ представляется неадекватным инструментом введения, по существу, новой правовой нормы. Для этого требуется, как минимум, постановление Пленума ВАС РФ (совместно с Верховным Судом, если норма должна распространяться и на суды общей юрисдикции). Внесения каких-либо поправок в КПЭА явно недостаточно ввиду того, что в Российской Федерации этот документ не универсален (не распространяется на всех юристов). Кроме того, не решен вопрос о соответствии КПЭА и судебной практики. Наиболее прямым путем решения проблемы является урегулирование ее федеральным законом. Однако в настоящее время законодатель, по-видимому, не озабочен данной проблематикой.

В конечном счете к этому вопросу обратился Конституционный Суд РФ. В 2006 г. он принял к рассмотрению жалобу юридической фирмы на фактический запрет «гонораров успеха» правоприменительной практикой<sup>15</sup>. Следует, однако, отметить, что в компетенцию КС РФ не входит проверка конституционности

<sup>14</sup> См.: постановление ФАС Северо-Западного округа от 11 февраля 2005 г. № А56-18829/04.

<sup>15</sup> Адвокаты и суды ждут гонорара успеха // Коммерсант. 7 апреля 2006 г. № 61. С. 15.



информационных писем судебных органов. В связи с этим жалоба, несколько парадоксальным образом, была заявлена в отношении положений ГК РФ, содержащих определение договора возмездного оказания услуг (п. 1 ст. 779 ГК РФ) и тезис об обязанности заказчика оплатить услуги в соответствии с договором (п. 1 ст. 781 ГК РФ). В начале 2007 года было принято соответствующее постановление<sup>16</sup>. КС РФ указал, что законодательное регулирование должно осуществляться с соблюдением баланса между такими конституционно защищаемыми ценностями, как доступность юридической помощи, независимость суда и свобода договора. Что касается действующего законодательства, КС РФ отметил, что п. 1 ст. 779 ГК РФ называет предметом договора возмездного оказания услуг совершение определенных действий, но не достижение определенного результата. Кроме того, судебное решение не может являться предметом гражданско-правового договора. В результате положения ГК РФ в интерпретации, запрещающей «гонорар успеха», были признаны конституционными. Однако КС РФ отметил, что этим не исключается право законодателя предусмотреть возможность иного правового регулирования.

Отметим, что аргументация КС РФ ставит под удар «гонорар успеха» не только при оказании юридических услуг. Поскольку определенный результат не является предметом договора оказания услуг, то и оплата «по результату» неприемлема ни в какой области экономической деятельности. Что касается доступности юридических услуг, стоит заметить, что в некоторых странах (например, США), именно «гонорар успеха» рассматривается как важнейшее средство обеспечения доступности таких услуг: если клиент не в состоянии опла-

тить услуг адвоката из собственных средств, он может поделиться с ним взысканной с должника суммой. В связи с этим решение КС РФ можно считать довольно спорным. С выводами КС РФ не согласен и судья-докладчик по данному делу А. Л. Кононов: «Юрист в коммерческом споре защищает бизнес, и стороны сами могут устанавливать условия договора»<sup>17</sup>.

Итак, требования об оплате юридических услуг лишены судебной защиты, если сумма оплаты была поставлена в зависимость от исхода судебного дела. Это правило основано не на букве закона, а на информационном письме Президиума ВАС и на постановлении КС РФ. Если требование об оплате юридических услуг выигравшей дело стороны лишено судебной защиты, то соответствующие расходы не могут быть взысканы с проигравшей стороны. Это правило также не основано на законе, а выработано практикой арбитражных судов. Представляется, что данный вопрос нуждается в более внятном правовом регулировании со стороны федерального законодателя.

#### Другие случаи непринудительности сделок

Выше рассмотрены два вида непринудительных договоров. Непринудительность одного из них (договор-пари) основана на явном указании закона, другого (оказание юридических услуг с оплатой «по результату») — лишь на судебной практике. Пожалуй, этим список непринудительных договоров исчерпывается. Однако есть еще некоторые случаи, в которых сделка становится непринудительной не в силу ее собственных характеристик, а в силу определенных входящих обстоятельств.

<sup>16</sup> Постановление КС РФ N 1-П от 23 января 2007 // РГ. 2007. 2 февр.

<sup>17</sup> Стеркин Ф. Адвокаты без процентов // Ведомости. 24 января 2007 г. (доступно по адресу <http://www.vedomosti.ru/newspaper/article.shtml?2007/01/24/119444>).

Прежде всего следует упомянуть сделки, судебной защите которых препятствует истекший срок исковой давности (ст. 195 ГК РФ). Общий срок исковой давности устанавливается в три года (ст. 196 ГК РФ). Истечение срока исковой давности не делает такую сделку недействительной: вытекающее из нее материальное право продолжает существовать. Однако судебная защита этого права не осуществляется, если другая сторона заявляет в суде об истечении срока давности (п. 2 ст. 199 ГК РФ). Таким образом, в этом случае сделку можно охарактеризовать как непринудительную.

Отметим, что в России, как и в других странах континентально-европейского права (в отличие от Великобритании и США), норма об исковой давности является материально-правовой, а не процессуальной<sup>18</sup>. Это позволяет российским судам в определенных ситуациях (предусмотренных коллизионными нормами) применять нормы иностранного права об исковой давности (например, общий срок исковой давности во Франции и Германии равен 30 годам)<sup>19</sup>.

Помимо гражданско-правовых последствий, превращение договора в непринудительный ввиду истечения срока исковой давности может иметь важные налоговые последствия. Так, дебиторская задолженность с истекшим сроком исковой давности признается безнадежной и включается в убытки (вне-реализационные расходы), уменьшая налоговую базу по налогу на прибыль (подп. 2 п. 2 ст. 265, п. 2 ст. 266 НК РФ)<sup>20</sup>. Аналогичным образом кредиторская задолженность

с истекшим сроком исковой давности включается в состав вне-реализационных доходов<sup>21</sup>.

Наконец, стоит упомянуть о том, что лишение судебной защиты может стать следствием злоупотребления правом (п. 2 ст. 10 ГК РФ). В частности, не допускается осуществление своего права исключительно с целью причинения вреда другому лицу. Кроме того, не допускается использование права для ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Более подробно понятие «злоупотребление правом» закон не раскрывает, фактически оставляя вопрос на усмотрение судов. Очевидно, эта неопределенность преднамеренная: данное универсальное понятие служит для восполнения всевозможных дефектов действующего законодательства, позволяя суду принять решение вопреки норме закона, если этого требует справедливость. Однако чрезмерно расширительное толкование данного понятия чревато подменой закона судебным усмотрением. Обратим внимание, что в США и Великобритании действует целая система принципов (так называемое право справедливости — equity), фактически параллельная нормам общего права (common law), позволяющая судам принимать решение вопреки норме общего права, если этого требует справедливость<sup>22</sup>. Так, право справедливости отказывает в судебной защите сделок, характеризующихся как «кабальные» (unconscionable) (Restatement of the Law, Second, Contracts, § 208)<sup>23</sup>. В не-

<sup>21</sup> См., например: постановление ФАС Московского округа от 28 июня 2005 г., 22 июня 2005 г. № КА-А40/5501-05.

<sup>22</sup> См., например: William Burnham. Introduction to the Law and Legal System of the United States. West, 2002. P. 238 et seq.

<sup>23</sup> См., например: *Campbell Soup Co. v. Wentz*, 172 F.2d 80, 83 (3d Cir. 1948) (США) («то, что право справедливости не приводит в исполнение бессовестные соглашения, слишком хорошо известно, чтобы требовать развернутого цитирования»).

<sup>18</sup> См.: Фаршатов И. А. Исковая давность. Законодательство: теория и практика. М., 2004.

<sup>19</sup> См.: Елисеев И. В., Сергеев А. П., Толстой Ю. К. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный). М., 2005. (Комментарий к ст. 1208).

<sup>20</sup> См., например: постановление ФАС Московского округа от 3 апреля 2006 г., 29 марта 2006 г. № КА-А40/2426-06.

котором смысле можно сказать, что англо-американское право справедливости представляет собой продвинутый аналог ст. 10 ГК РФ. Подчеркнем, что в настоящее время в результате процессуальных реформ грань между правом справедливости и общим правом размыта (Restatement of the Law, Second, Contracts, § 208, Comment b).

В Российской Федерации, если действия лица квалифицируются судом как злоупотребление правом, право данного лица не подлежит судебной защите, даже если оно вытекает из формально безупречного договора. Договор в этом случае можно охарактеризовать как действительный, но непринудительный. Суды довольно широко используют положение п. 2 ст. 10 ГК РФ для пересмотра договорных ставок процентов по депозитам или кредитам (займам) в случае резкого изменения рыночной ситуации. То же относится к договорам, сумма платежа по которым привязана к курсу иностранной валюты в случае резкого изменения валютного курса. Обоснованность столь активного вмешательства судов в коммерческие отношения вызывает, однако, определенные сомнения<sup>24</sup>.

Убедительность этих сомнений иллюстрируется одним из дел, рассмотренных Президиумом ВАС РФ в порядке надзора<sup>25</sup>. Речь шла о договоре между двумя российскими организациями на поставку импортных ядохимикатов. Цена была выражена в долларах США, с оплатой по курсу ЦБ РФ на день оплаты («валютная оговорка»). Химикаты были поставлены, но незадолго до срока платежа произошел

дефолт 1998 г., и курс доллара многократно вырос. Покупатель оплатил возникшую задолженность лишь частично, и поставщик обратился с иском в арбитражный суд. В результате рассмотрения дела в трех инстанциях в иске было отказано со ссылкой на ст. 10 ГК РФ (злоупотребление правом). Как указал Президиум ВАС РФ, условие о валютной оговорке, включенное в контракт по взаимному соглашению сторон, не противоречит действующему законодательству, а квалификация действий истца как злоупотребления правом ничем не мотивирована. В результате постановление кассационной инстанции было отменено, а в силу оставлено постановление апелляции, предусматривающее взыскание долга по текущему курсу.

Таким образом, лишение сделки судебной защиты может быть вызвано истечением срока исковой давности, а также злоупотреблением правом стороной сделки. В последнем случае необходима особая осторожность, чтобы избежать подмены закона судебным произволом.

### Заключение

Сделки-пари и игровые сделки не подлежат судебной защите в силу закона. Судебная практика относит к таким сделкам некоторые срочные договоры (форвардные контракты). Договор об оказании юридических услуг с оплатой «по исходу дела» не подлежит судебной защите (в рамках системы арбитражных судов) в силу актов Высшего Арбитражного Суда РФ и Конституционного Суда РФ. Не подлежат возмещению и судебные расходы, вытекающие из такого договора. Сделки также могут лишаться судебной защиты в связи с истечением срока давности и в связи со злоупотреблением правом стороной сделки.

<sup>24</sup> См., например: Радченко С. Злоупотребление правом в денежных обязательствах // Право и экономика. 2005. № 2.

<sup>25</sup> См.: постановление Президиума ВАС РФ от 27 мая 2003 г. № 1199/03.

