

А.А. Дубинчин

ОБЩЕУПОТРЕБИМЫЕ
ОГОВОРКИ КОНТРАКТА,
ПОДЧИНЕННОГО
АНГЛИЙСКОМУ ПРАВУ



СТАТУТ
МОСКВА 2024

УДК 341
ББК 67.9
Д79

Дубинчин, Алексей Анатольевич.

Д79 Общеупотребимые оговорки контракта, подчиненного английскому праву / А. А. Дубинчин. — Москва : Статут, 2024. — 845 с.

ISBN 978-5-8354-2016-2 (в пер.)

Впервые на русском языке издается книга, представляющая собой практическое руководство по чтению и составлению контрактов, подчиненных праву Англии и Уэльса. Английское право является наиболее популярным регулятором сделок, заключаемых во внешнеторговом обороте. Такие сферы, как перевозка грузов морем, добыча углеводородов, судостроение, страхование коммерческих рисков, сырьевые сделки, рынок деривативов, синдицированное кредитование и ряд других, испытывают колоссальное влияние англосаксонских правовых традиций. Читатель узнает, какие договоренности могут быть реализованы, если контракт регулируется правом Туманного Альбиона, что должно оставаться под запретом, как верно квалифицировать написанное сторонами, каким образом «узнать» в нечетких формулировках тот или иной шаблонный контрактный пункт.

Книга фокусируется на общеупотребимых оговорках — тех, что встречаются в тексте практически любого договора, применимым правом к которому по выбору его сторон является право английское. Издание содержит многочисленные примеры написания таких типичных элементов коммерческих соглашений, как заверения (гарантии), индемнити, оговорка о заранее оцененных убытках и др. Иллюстративный материал собран путем анализа текстов судебных решений британской юриспруденции, а также заимствований из личного архива автора.

Выбор предлагаемого варианта формулировок, советы и рекомендации читателю даются простым и доступным языком, поэтому книга может быть использована не только юристами, но и ориентированными на внешнеэкономические операции представителями иных профессий, сталкивающимися с договорной работой. Прецедентный материал старается учесть все доступные судебные решения вплоть до начала 2024 г.

УДК 341
ББК 67.9

ISBN 978-5-8354-2016-2

© А.А. Дубинчин, 2024
© Редподготовка, оформление. Издательство «Статут», 2024

*Моей маме, которая когда-то решила,
что я должен быть юристом.
И оказалась права.
Впрочем, почти как всегда*

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО И БЛАГОДАРНОСТИ

Это книга от практика и для практиков. Смеем это утверждать, но, безусловно, оба заложенных в это предложение тезиса нуждаются в подкреплении. Попробую их обосновать.

Свое знакомство с миром английского договорного права я довольно подробно описывал в одной из своих старых работ¹, поэтому эту часть мы опустим. Скажу о периоде примерно последних десяти лет. Несмотря на деофшоризацию, несмотря на санкции и смену векторов развития российской экономики, несмотря на реформу Гражданского кодекса Российской Федерации и даже несмотря на то серьезное давление, которое английское право как регулятор трансграничных сделок, как своеобразный игрок на своеобразном «рынке применимых прав», испытало со стороны юридического истеблишмента России, у меня не было ни одного рабочего дня, который не был бы отмечен его (английского права) присутствием в моей профессиональной жизни. Нет, я не буду утверждать, что в каждый из этих трех сотен дней я обязательно вел работу над каким-то контрактом, подчиненным праву Англии и Уэльса, все же я говорю о достаточно далеком горизонте. Но, вспоминая, чем я был занят эти годы, решительно не могу отыскать периода, когда материалы по какому-либо текущему проекту, предполагающему его подчинение островному *law of contract*, отсутствовали бы на моем рабочем столе.

Я — российский юрист, и английское право, что называется, вынужденная мера². За период, измеряемый скоро уже 20-летним сроком, мне приходилось сталкиваться с достаточным числом контрактов, подчиненных этому регулятору. Это были корпоративно-финансовые сделки (купля-продажа корпоративных прав, акционерные соглашения, опционы, кредиты, соглашения эскроу, аккредитивы и т.п.), что предопределялось моей вовлеченностью в *M&A*-активность моих работодателей (а кто в России не знает, что где *M&A*, там и английское право, по крайней мере так было принято говорить в нулевые и в первой половине десятых, уж точно!). Но это были и индустриальные сделки, транзакции реального сектора экономики (поставка оборудо-

¹ Дубинчин А.А. Английское контрактное право: Практич. пособие для российского юриста: Заключение договора. М.: Инфотропик, 2010. С. III.

² Боже упаси прослыть «адвокатом» английского права в России.

вания, передача технологий и прав на объекты интеллектуальной собственности, подрядные и подрядоподобные договоры, консорциумы для участия в торгах на строительство, партнерства для совместного управления объектами и т.п.). Последнее объяснимо тем, что два следующих друг за другом десятилетних отрезка моей жизни пришлось на юридическую работу в тех отраслях, а речь об энергомашиностроении и медицине, которые в технологическом и интеллектуальном аспектах серьезно отстали от зарубежных коллег и конкурентов. Это означало необходимость перенимать знания и опыт, подражать, брать советниками и консультантами, а, следовательно, заключать сделки международного характера. Вы говорите на английском, ваш иностранный партнер наотрез отказывается вписать в контракт российское право, какой регулятор вы выберете? Конечно, право Англии.

Все названное — это практический опыт, но еще была и учеба, и преподавание курса «Гражданское и торговое право зарубежных стран» во Всероссийской академии внешней торговли, и участие в подготовке учебника по одноименному предмету, а главное — лекционный курс о составлении и толковании договоров, подчиненных английскому праву, который я читаю в Школе права «Статут» уже несколько лет. Почему я выделяю этот последний? Здесь две причины.

Я стараюсь быть максимально открытым со слушателями, всегда предлагаю прерывать, поощряю вопросы и замечания с места. Я предлагаю подкидывать мне практические проблемы, возникающие в работе, причем делать это даже по завершении лекций. И всегда стараюсь содержательно отвечать. Получается улица с двусторонним движением, моя выгода — тот отклик, тот потенциал адаптации под текущие задачи, та возможность держать руку на пульсе во всем, что касается той необычной конфигурации, когда российский юрист обсуждает с российскими же юристами применение чужого для нас права.

Кроме того, программа названного курса и содержание книги, которую читатель держит в руках, — это практически стопроцентное совпадение. Даже стиль подачи материала, а я рискну охарактеризовать его как свободный, больше похож на выступление перед аудиторией, нежели на учебник¹.

Но опыт опытом, а я бы предостерег читателя от той иллюзии, что все написанное в этой книге произошло лично со мною. Конечно, это

¹ Английское право — слишком необычная, а значит, заведомо сложная материя, чтобы обсуждать ее иначе, чем простым языком. Очень надеюсь, что у меня это получается.

не так. Истории предыдущих сделок не всегда выступают «донором» тех знаний и навыков, которыми я делюсь. Иногда они — лишь вдохновители для исследователя. Согласитесь, такое бывает с каждым, и необязательно применять английское право и вести какой-либо договор. Вы присутствуете в налоговой, а может быть, выступаете в суде, и возникает такой момент, когда вас либо загоняют в некую ловушку, либо же вы понимаете, что еще немного и вы попадете в нее. Речь о ситуациях, когда или вам недостает знаний, или вас внезапно озаряет, и вы видите уязвимость своей юридической позиции. Сколько раз, завершая переговоры, я приходил домой или в гостиницу и, бросив все, зарывался в книги или базы данных, чтобы отыскать ответ. Так что те, в широком смысле этого слова, кейсы: судебные дела или жизненные истории, которые встретятся читателю на страницах книги, — не всегда мои кейсы, но путь к ним подсказала все же та практика, которую я с уверенностью могу назвать своей.

Почему эта книга нужна практикующим юристам? И что они практикуют? Еще пару лет назад, открывая лекционный курс, я довольно подробно останавливался на вопросе, как российский юрист должен вести международную сделку, что можно и что нельзя, что разумно и что нецелесообразно с позиции применимого права. Но впоследствии я отказался от этой идеи и не намерен возвращаться к ней здесь.

В один момент я подумал, что это лишнее. Если уж вы записались на мой лекционный курс, если уж это издание попало в ваши руки, то, скорее всего, произошло это не случайно. Иными словами, вы понимаете, зачем соответствующие знания вам нужны. Вряд ли ваш интерес теоретический, вы однозначно работаете с правом «на передовой». У практика не так много времени, чтобы тратить его на рассуждения, как он «докатился» до такой жизни, когда он, будучи российским юристом, вынужден разбираться в английском праве. Есть потребность, есть задача ее удовлетворить.

Замечу здесь только следующее. К своим предшествующим рассуждениям на эту тему¹ я бы добавил одно наблюдение недавних лет. Я столкнулся с несколькими зарубежными юристами, это были представители довольно заметных в своих странах юрфирм (одна в Турции и две в Израиле), которые не просто выражали готовность поработать над сделками, подчиненными праву Туманного Альбиона, но и в двух из трех случаев работали над таковыми. И, к слову, они не были солиситорами, что уж говорить о статусе барристера. Более того, далеко

¹ Дубинчин А.А. Указ. соч. С. 30 и след.

не у всех была хоть какая-то «бумажка» из британского вуза. Таковы реалии, я думаю, это оборотная сторона, это изнанка того явления, которое выражается в чрезвычайной популярности английского права в международных транзакциях.

И все же вновь об опыте. Только с годами, перешагнув пару круглых дат своего профессионального пути, ты по-настоящему начинаешь понимать, насколько он ценен. Знания важны, несомненно. Но важность опыта не переоценить. В данном случае я говорю об истории участия в структурировании проектов, в разработке договорных схем, в ведении переговоров, в подготовке и обсуждении черновиков контрактной документации, в закрытии и исполнении сделок. И все это в ситуации, когда применимым правом выступало или должно было выступить право Англии и Уэльса.

Опыт — это всегда люди, это общение с профессионалами, так же как и ты вовлеченными в названные процессы и действия. Контрактная работа — это не только когда ты один на один с текстом или экраном монитора. Это только лишь это предварительный этап, предсезонка, прелюдия. А вот дальше ты встречаешься с тем, кто на другой стороне. Переговорного стола, телефонного провода, не важно. Еще ведь часто (и, кстати, в трансграничных операциях очень часто!) полемика ведется опосредованно. Сколько раз вы «ломали копыя», обсуждая контракт в переписке по электронной почте или по «вотсапу»? И согласитесь, это было весьма продуктивно и с позиции той конкретной работы, которую требовалось выполнить, и с точки зрения того профессионального «налета», который осел в вашей голове. Диалоги, конфликты, обмен идеями, новости, даже сплетни, — все это обогащает тебя как юриста. Оглядываясь назад, я не могу не признать, что это было главным стимулом к развитию, побудителем двигаться и постигать.

И это ровно та причина, по которой я хотел бы поблагодарить всех, кто невольным образом оказался причастен к проделанной мною работе. Не было бы практики, не появилась бы и книга. Несомненно, я должен сказать, что это не все имена¹, что я мог кого-то забыть, что

¹ Иногда большие бизнес-структуры или мега-юрфирмы, привлеченные к проекту, не следуют подходу «один от нас и один от вас»: сделкой занимается целая группа, кто свободен, тот и подхватывает. Обычно это происходит тогда, когда переговоры идут больше заочно (обмен электронными письмами), чем очно. Вы пишете, и копия письма уходит двум десяткам адресатов. И кто-то из них вам отвечает. Если же речь о контактах «по старинке», когда все собираются в одном месте и смотрят друг другу в глаза, то бывают ситуации, при которых переговорный процесс выглядит как командное выступление: проект контракта обсуждают все или почти все присутствующие, голоса

я извиняюсь. А быть может, извиниться нужно совершенно за другое: кто-то хотел бы, чтобы история его участия в проектах, где применялось английское право¹, осталась за кадром. И, да, я, безусловно, допускаю, что часть коллег из списка ниже удивится, увидев себя в нем. Они вовсе не вспомнят меня, хотя со многими, напротив, установились теплые товарищеские отношения, длительность которых давно перевалила за десятилетний срок. Все это не важно, я по-настоящему и в одинаковой мере признателен² Рону Абельски (*Ron Abelski*) («Эпштейн Розенблум Маоз»), Марии Анкудиновой, Джеффри Шворцу (*Jeffery Schwartz*) (оба — «Джонс Дей»), Жану-Пьеру Арутюняну (*Jean-Pierre Haroutounian*) («Эй-Джей-Кей Бюро оф Консалтантс»), Норайру Бабаджяну («Рэдстоун Чэмберз»), Розмари Бойнтон (*Rosemary Bointon*), Александру Ключкову (оба — «Ди-Эл-Эй Пайпер»), Ханне Ватола (*Hanna Vahtola*) («Фостер Уиллер»), Михаилу Грузинцеву («Ю-Эф-Джи Прайвет Эквити»), Шейну Дебиру (*Shane Debeer*), Евгении Коротковой (оба — «Декерт»), Стивену Джонсу (*Stephen Jones*), Крису Мелвиллю (*Chris Melville*) (оба — «Лавеллз»), Евгению Зеленскому («Герберт Смит»), Михаилу Калинин, Тимофею Котеневу (оба — «ИНГ Банк (Евразия)»), Алексею Кияшко («Скадден Арпс Слейт Маар энд Флом»), Игорю Ковалевичу («Фрешфилдс Брукхаус Дерингер»), Максиму Кулешову («Дебевойз энд Плимптон»), Алексею Арсентьеву, Евгении Лоу, Екатерине Ляховой, Андрею Нестеренко (все — «Ренова»), Илье Рачкову, Андреасу Штайнингеру (*Andreas Steininger*) (оба — «Нерр Штифенхофер Лутц»), Марку Полонски (*Mark Polonsky*) («Уайт энд Кейс»), Майклу Пью (*Michael Pugh*) («Хоган Лавеллз»), Анне Семашко («Эйкин Гамп Страус Хауэр энд Фэлд»), Нине Хауэлл (*Nina Howell*) («Хоган энд Хартсон»), Майклу Хикки (*Michael Hickey*) («Льюис Райз Фингерш»), Вячеславу Хлопунову («АФИ РУС»). Коллеги, мне было чему у вас поучиться!

И еще несколько слов благодарностей. Когда все только начиналось, а я хорошо помню те первые шаги, мы делали их вместе с Вадимом Новиковым. Нам было сложно, многого из мира хитросплетений *law of contract* мы не понимали, но разбирались сообща. Мы долгое время работали вместе, он был моим замом. Вадим — отличный юрист

юристов звучат наравне с мнениями коммерсантов и «технарей». В обоих описанных случаях лица и имена, к сожалению, быстро забываются.

¹ Часть сделок была подчинена праву других англосаксонских юрисдикций, но все они состоялись в стилистике британской транзакционной работы.

² В скобках указаны места работы коллег по состоянию на то время, когда мы совместно участвовали в соответствующем проекте.

и очень скромный человек. Я очень рад, что когда много лет спустя мы вместе, так получилось, добрались до первого в истории (и пока единственного!) *IPO* российской компании в Сингапуре, это компания «Дон Агро Интернешнл», все лавры главного юриста этого проекта по праву достались ему.

Я хотел бы отдельно отметить Игоря Пархоменко, почти два десятилетия мы сопровождали международные сделки, он — как финансист, я — как юрист, и это был отличный тандем. Я многому научился у него и продолжаю развиваться, общаясь с ним. И да, Игорь невероятно отзывчив и много раз выручал меня, когда в России возникали затруднения с тем, чтобы заказать и получить из-за рубежа какую-то очень важную книгу об английском праве.

Олег Волошин, он возглавляет Школу права «Статут». Я просто обязан отметить его: я ушел из вуза, которому отдавал всего себя, ушел внезапно, знаете, иногда так бывает в жизни. Была недосказанность, я хотел прочитать своим тогда уже бывшим студентам курс, который никогда не читал в системе высшего образования. Олег все быстро и верно понял, мне даже не пришлось его о чем-то просить. Лучшая аудитория, лучшие часы, организационная поддержка, все это было немедленно предложено и предоставлено. И, конечно, я признателен ему за многолетнее доверие, которое он оказывает мне как лектору.

Владислав Горобинский, мы дружим много лет, в свое время вдохновил меня, на личном примере показав действенность афоризма «учиться никогда не поздно». Влад много раз помогал мне и с литературой, я пользовался его частыми командировками в Лондон.

И, наконец, безусловно, я должен отметить Евгения Туголукова, он был моим руководителем на протяжении двух десятков лет. Без его предпринимательской инициативы очень многие из сделок, давших мне тот бесценный опыт, который я постарался воплотить здесь, просто не состоялись бы.

*А.А. Дубинчин,
кандидат юридических наук, LL.M*

январь 2024 г.

ВВЕДЕНИЕ¹

Это книга о праве или книга о драфтинге?

Можно ли сказать, что тот увесистый фолиант, который читатель держит в руках, — это книга о праве, хотя бы и английском? Ответ будет половинчатым: и да, и нет. Можно ли утверждать, что это издание, посвященное драфтингу, если под словом «драфтинг»² понимать умение, навык, если угодно, искусство написания юридического текста, в нашем случае — текста договора? И здесь однозначно ответить я не могу. Безусловно, требуются пояснения, и они состоят в следующем.

Как строится типичная публикация, охватывающая определенный блок юридических вопросов, претендующая на глубину анализа

¹ Если обратное не будет особо указанным, все переводы, фигурирующие в книге, выполнены мною самостоятельно. Также я должен прокомментировать свой подход к употреблению англоязычных слов и выражений. Он таков. Заголовки нормативных актов, названия судебных учреждений, неправительственных организаций, фамилии судей, королевских адвокатов и авторов доктринальных работ в том случае, когда они употребляются в книге впервые, как правило, сопровождаются указанием на то, как предложенный мною русскоязычный вариант звучит в оригинале, т.е. на английском. Но далее такое дублирование исключается. Ссылки на прецеденты ограничиваются англоязычным написанием того, как соответствующие судебные дела обозначаются в островной литературе (к слову, в советской литературе, посвященной англосаксонским правовым институтам, долгое время господствовала идея написания заголовков судебных дел по-русски, условно, «Шерлок Холмс против Доктора Ватсона», но так уже давно не принято). Иногда в тексте фигурируют имена и фамилии каких-то участников спорных конфликтных ситуаций, а также наименования компаний. Конечно же, во всех таких случаях — это не плод моих фантазий, а информация, заимствованная из кейсов. Я не привожу вариант того, как имя и фамилия, как наименования компаний звучат на английском, в таких случаях это неуместно. Но иногда возможно и такое, чаще всего это связано с тем, что далее, в тексте какой-то англоязычной цитаты из какого-то договорного пункта это имя и фамилия, это наименование прозвучат повторно и, соответственно, необходимо, чтобы читатель уловил важную связь. И еще одно уточнение, с позволения сказать, лингвистического свойства. Этот прием хорошо известен работам в сфере компаративистики, более того, я использовал его и в собственных ранее изданных публикациях и, соответственно, применяю и здесь: если нам встречается какой-то ключевой или просто многовариантный с позиции доктрины правовой термин, а быть может, некое устойчивое выражение, то зачастую собственный перевод я буду сопровождать его написанием на языке оригинала, оно (написание) без особого предупреждения будет следовать непосредственно за русскоязычной версией, будучи заключенным в скобки.

² Англ. *drafting*.

и нацеленная на то, чтобы получить внимание практиков? Осмелюсь утверждать, здесь все едино, подход не отличается, если сравнивать не только США с Англией, но и Россию с Германией и даже Россию с США и Англией. Вы берете норму, извлекая ее из закона (статута) или прецедента, смотрите судебную практику, фокусирующуюся на толковании этой нормы, анализируете какие-то разъяснения субъектов иных, чем судьи, но также влиятельных в аспекте определения судьбы искомой нормы с позиции ее прочтения (в России это, например, Минфин применительно к налоговым правилам, Центробанк как регулятор фондового рынка и т.п.), а за неимением сложившегося подхода в судах и госорганах — изучаете доктринальные источники. Но все при этом строится вокруг одного вопроса, как мы должны читать и применять норму.

В этом смысле моя работа нетипична. Здесь, конечно, есть материал только что озвученной направленности, я еще скажу о нем чуть подробнее далее, пока лишь запомним словосочетание «регуляторная среда». Но такой сконцентрированный на норме материал, выражаясь образно, выступает в роли аперитива перед едой, в качестве «разогревающего» музыкального коллектива, дающего представление за час до выхода на сцену действительно большой группы. Фокус внимания книги — на другом, а именно: на том, как правильно, как целесообразно, как с выгодой для себя изложить контракт, что-то вписав в него или, напротив, что-то вычеркнув, если перед вами черновик от вашего партнера.

Аперитив не подразумевает избыточного насыщения алкоголем, группа «на разогреве» исполняет пять — шесть треков. Точно так же и анализ норм английского контрактного права, тех норм, что тематически относимы к вопросам договорной работы, сосредоточенной вокруг термина «*boilerplate*» (о нем мы поговорим в первом разделе, не нужно опережать события), будет в некоторой степени поверхностным, фрагментарным, в любом случае, далеким от той глубины погружения в конкретную проблему, которую обязаны давать «классические» издания для практиков о праве.

Я не отвечаю на вопрос, как толковать конкретную норму, с необходимым уровнем качества ответа. Хотя, точнее будет сказать, что в некоторых случаях отвечаю именно так (все же я осмелюсь утверждать это!), но далеко не всегда. Этого не требуется, поскольку, повторяюсь, приоритеты иные. Но читатель может восполнить этот пробел сам, имеется в виду то, что в случае надобности в знаниях, какие правила образуют свод норм договорного права Англии и Уэльса и как они

интерпретируются на практике, он (читатель) обращается к другим источникам.

Каким? Я бы ответил на этот вопрос так. Несколько лет назад мною были подготовлены и опубликованы две небольшие работы, которые, пытаются пролить свет на два, в сущности, связанных между собой вопроса. Вопрос первый: какими источниками пользоваться, если требуется получить знание по *law of contract* в целом, т.е. безотносительно к конкретному типу договора (купля-продажа, подряд, аренда)? Иными словами, откуда черпать информацию, уместающуюся в границы, я позволю себе такой термин, общей части договорного права Англии? Вопрос второй: он тот же, что и первый, но в фокусе внимания — уже конкретный вид договора, скажем, это договор фрахтования или агентский договор.

«Английское контрактное право: что выбрать из британских книг российскому юристу?». Так называется первая статья. «Доктрина английского частного права: книги-«чемпионы» по основным разделам». Это заголовок второй. Обе статьи были опубликованы на интернет-портале «Закон.ру» (zakon.ru), одна в конце 2015 г., вторая в самом начале 2016 г. Да, минуло уже немало лет, но, уверен, они не устарели, да и в нужных частях я их отредактировал.

Обе статьи приведены в **Приложении** к этой книге. Надеюсь, читатель найдет их полезными, по крайней мере в качестве отправных точек в деле отыскания источников информации в рамках той практической задачи, которая перед ним стоит.

С правом, а точнее с отсутствием его полновесного анализа, будем считать, разобрались, теперь, что касается драфтинга. Безусловно, просто даже полистав книгу, читатель найдет для себя, что чего уж чего, но простора для драфтинга в ней, действительно, много. Это так, соглашусь, но к драфтингу можно подойти с разных сторон.

Не могу похвастаться тем, что прочел или хотя бы подержал в руках все заметные англо-американские работы, посвященные навыку юридического письма в применении именно к контрактам (*contract drafting*). Но те, что удалось изучить, я поделил бы на две основные группы.

Первую группу составят книги, которые скорее учат контракт писать, а не читать. Мое мнение, к таковым можно смело отнести работу К. Адамса (*K. Adams*)¹ и с некоторыми оговорками книгу Ч. Фокса

¹ *Adams K. A Manual of Style for Contract Drafting. 3rd Edn. Chicago: ABA Publishing, 2013.*

(С. Fox)¹. В целом, даже неважно, какие издания тяготеют к первой группе, я попробую сформулировать суть того их важнейшего признака, который объединяет их и отличает от второй группы.

Если сравнить контракт с айсбергом, то его надводной частью выступит все то, что в этом контракте изложено. Его текст, совокупность пунктов, предписаний, оговорок. Подводная часть — это, выражаясь языком российских теоретиков права, те императивные и диспозитивные нормы права, которые к нему относимы и применяемы либо в силу того, что «отменить» их нельзя (императивные), либо по причине того, что надводная часть их не «отменила» (диспозитивные). Работы о драфтинге, составляющие первую группу, подводной части, по большому счету, не касаются, а если и делают это, то строят свой подход на несистемной основе, как-то эпизодически, фрагментарно. Они не пытаются выстроить связь между надводной и подводной частями айсберга, по крайней мере их ценность не в этом².

А в чем же тогда она? Как я уже заметил выше, они учат писать. Они дают навык искусного, обдуманного изложения контрактных формулировок вообще и отдельных оговорок в частности. Безусловно, это делается не в полнейшем отрыве от окружающей договор правовой действительности, не всецело абстрагируясь от предписаний статуты и прецедентов, но все же с акцентом на иные факторы. Попробую объяснить на примере работы К. Адамса.

Какие вопросы волнуют его, в чем его приоритеты? Рискну упростить, но все же считаю, что следующие иллюстрации как нельзя показательны.

¹ Фокс Ч. Составление договоров: чему не учат студентов / Пер. с англ. 2-е изд. М.: Альпина Бизнес Букс, 2009. Я также использую англоязычную версию этой книги, о ней чуть позже.

² Названные книги К. Адамса и Ч. Фокса — издания о драфтинге от юристов из США. Если говорить об Англии, то примером работы, которая даже более, чем ее североамериканские «коллеги» по первой группе, проявляет в себе названное качество, является книга Д. Фосбрук (*D. Fosbrook*) и Э. Лэнга (*A. Laing*): *Fosbrook D., Laing A. The A-Z of Contract Clauses*. 7th Edn. Bloomsbury Professional, 2022. Ее отличительная черта — широчайший охват ситуаций, к которым «прикрепляются» всевозможные контрактные оговорки, я бы назвал это «торжеством концепции больших данных (*big data*)» в сфере *contract drafting*. Но без анализа, без попытки соотнесения вариантов моделей контрактных пунктов с регуляторной средой. Кроме того, минимум на 50% я причислил бы сюда и публикацию С. Кейкбрета (*S. Cakebread*) и Д. Леви (*J. Levy*): *Cakebread S., Levy J. Drafting Commercial Agreements*. 2nd Edn. London: The Law Society, 2018. Мы будем относительно часто возвращаться к ней далее, что же касается этих 50%, то здесь все просто: некоторые оговорки, их меньшинство, удостоены существенного внимания авторов, все остальные — анализируются поверхностно.

Возьмем, к примеру, третий раздел его трактата. Он озаглавлен как «Категории договорного языка». Раздел обширен, но его предмет — усмотреть разницу и, соответственно, уместность и приоритеты использования того или иного способа (стиля) изложения договорных условий. Это может быть (а) язык согласий (“*the parties agree that...*”), (б) язык исполнения (“*X hereby grants the Licence to Y*”), (в) язык обязательства (“*NewCo shall purchase the Shares from the Seller*”) с, безусловно, вполне уместными для последнего случая рассуждениями, что выбрать: “*shall*”, “*must*”, “*has a duty*” или что-то еще.

Другой пример. Четвертый раздел, он, нужно признать существенно короче третьего, посвящен или по меньшей мере открывается рассуждениями, как правильно организовать внутреннюю структуру контракта. Задается вопрос, что предпочтительнее использовать для обозначения структурных элементов текста: слово «статья» (*article*) или слово «секция» (*section*), и когда уместнее первое, а когда — второе.

Шестой раздел публикации посвящен технике выражения определений. Как излагать дефиниции, где размещать, как сочетать с определениями, встречающимися в законах. Седьмой раздел вовсе замахивается на, не побоюсь этого слова, философские материи: в чем причины неясности контрактных положений, обсуждается лексическая двусмысленность, неоправданная генерализация терминов и т.п.

Нет, книга К. Адамса может похвастать и блестящим анализом судебной практики в том, что касается, скажем, вопроса нарушения контрактных пунктов, посвященных договорным заверениям (гарантиям), причем берется картина по обе стороны Атлантики, но для автора это всего лишь отступления от основной идеи, это частности.

Книги первой группы, нет споров, имеют массу отличий и друг от друга. Где-то говорят, как именно строить процесс формулирования контрактного пункта, где-то больше внимания уделено готовым «шаблонам» и разнице между ними. Но единение по названному выше признаку я готов отстаивать с уверенностью.

Вторая группа, думаю, читатель уже догадался, строит подход к драфтингу через призму законов. Что можно и что нельзя «вписать»? Но это самый простой вопрос. Как правильнее написать, чтобы закон «заиграл новыми красками», стал работать на вас, а не на контрагента? Как не увлечься, как подстраховаться от собственной «жадности»? Ведь это общее место и российского, и англосаксонского права — то, что контрактная оговорка может и «слететь», например, если ответственность будет сильно понижена или неустойка сильно завышена. Одним словом, вторая группа книг — это про айсберг целиком.

С примерами все просто. Те две работы, которые я буду чаще всего цитировать, они и есть типичные представители. Это книга Р. Христу (*R. Christou*)¹ и публикация М. Андерсона (*M. Anderson*) и В. Уорнера (*V. Warner*)².

Деление на две группы — это не история про черное и белое. В работах первой группы, как я уже говорил, временами есть и анализ законов, «обволакивающих» ту или иную оговорку, вторая группа — это иногда и продуманные попытки предложить языковые вариации обсуждаемого «шаблона».

Но вернусь к поставленному выше вопросу. Можно ли утверждать, что моя книга — издание о драфтинге? Все зависит от того, какую пользу читатель хотел бы извлечь из знакомства с ней. Если потребность состоит в том, чтобы получить пособие по правильному написанию отдельных оговорок, типично присущих контракту, составленному в англосаксонском стиле, то ответ скорее будет отрицательным. Если нужно пополнить библиотеку «темплэйтов»³, «сэмплов»⁴ для повседневной договорной работы, читателя определенно ждет разочарование.

Моя книга — представитель второй группы, и это во многом определено тем фактом, что я — российский юрист, написал работу на русском языке и именно для русскоговорящих юристов. Логика, хотя, допускаю, читатель может признать ее безупречной, выстраивается следующим образом.

Конечно, любое профессиональное знание или навык — это плюс, но в сутках, как известно, только 24 часа, а, следовательно, требуется выбирать, определять приоритеты. Оттолкнемся от того, что конечная цель — научиться эффективно «драфтить», делая это на английском языке и, что важнее, держа в голове нюансы, относящиеся к той самой подводной части айсберга.

Путь, продвигаемый К. Адамсом, хорош, но он сразу же отменяем. Почему? Причина в том, что и я, и читатель — юристы, для которых английский язык не является родным. Безусловно, уровень владения им может доходить до совершенства, но я должен ориентироваться

¹ *Christou R. Boilerplate: Practical Clauses. 8th Edn. London: Sweet and Maxwell, 2020.*

² *Anderson M., Warner V. A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses. 4th Edn. Bloomsbury Professional, 2017.*

³ Профессиональный жаргон. Основа — английское слово “*template*”, образец, лекало, трафарет, шаблон. Берется типовый контракт или используется контракт, оформлявший какую-либо предшествующую транзакцию. Он выступает основой для адаптации, «переделки» под условия обсуждаемой сделки.

⁴ То же самое. Английское слово “*sample*”.

на «среднюю температуру по больнице», а значит, здесь превалирует подход, который много лет назад я вычитал в статье одного весьма известного на российском юридическом рынке человека. Рассуждая, если я правильно помню, относительно того, кому можно поручить перевод текстов, размещенных на вебсайте юрфирмы, а вебсайт и сейчас, что уже говорить о временах примерно десятилетней давности, считается некой «витриной» юрбизнеса, он безапелляционно заявил, что с русского на английский должен переводить только англичанин — тот, кто впитал английский язык с молоком матери, кто говорит на нем с детства или по меньшей мере длительное время прожил в англоязычной среде.

Это совершенно не означает, что тот, кто не является англичанином, не должен писать по-английски. Но это подразумевает, что путь «пишу контракт с нуля», «пишу контракт как сочинение на выпускном» нам, россиянам, не подходит. Мы можем корректировать, мы можем добавлять, но все устойчивые формулировки, предписания, условия, контрактные секции и статьи мы вынуждены «копипастить»¹. Более того, умение правильно читать, понимать англоязычный и подчиненный праву Англии договор — это само по себе ценно. Очень часто нам нужно сделать именно и только второе, но не первое: простейший пример здесь — некий «большой» контракт, на сопровождение переговоров по которому вы нанимаете такую же «большую» английскую юрфирму, но дальше контракт живет своей жизнью, причем, возможно, очень долгой (строительный подряд, акционерное соглашение, франшиза), и периодически требует того, чтобы он был толкуем в интересах вашего менеджмента, чтобы на самые простые вопросы вроде «а если мы здесь чуточку опоздаем», «а нельзя ли их прижать вот за это» давались очень быстрые и недорогие (вспоминаем цифры почасовых ставок партнеров фирм из «мэджик секла»!) ответы.

Поскольку наше владение языком не позволяет допускать вариативность, коль скоро мы должны копировать лучшие образцы, а не сочинять текст², приоритетом является «книга готовых решений», а не пособие, как их генерировать. Но применять готовые решения,

¹ Опять же профессиональный жаргон. В основе английское *“copy-paste”* (скопировать и вставить).

² К слову, техника «копи-паста» не является чем-то ущербным. Юристы англосаксонского мира также прибегают к ней, более того, они ее даже пропагандируют. Показательна фраза из книги Ч. Фокса, я приведу ее в варианте перевода из российского издания, но ключевую часть оригинала добавлю в скобках, ибо она не менее выразительна: «При составлении проекта договора плагиат — добродетель (*In contract drafting*,

выбирать среди них нужно исключительно осмысленно. Здесь преобладают два фактора — ответы на вопросы, что выгоднее и что вообще можно? С первым читатель разберется сам, тем более здесь уже начинается царство отраслевой специфики и в помощь ему — профессионалы в соответствующей отрасли (что выгодно страховщику, знает сам страховщик, что предпочтительнее перевозчику, тоже решает этот последний). А вот второй вопрос выводит нас опять же на подводную часть айсберга: вы должны понимать законы, установленные прецедентным правом и статутами ограничения, императивы, сужающие степень свободы договора.

Надеюсь, книги, предлагающие многовариантность драфтинг-решений применительно к массе узких проблем, еще появятся, мне же было важно и интересно пойти по пути создания работы, тяготеющей ко второй из описанных выше групп. Готовые решения у меня есть, но я акцентируюсь не на том, чтобы дать читателю шаблон пункта или целого договора, но на том, чтобы объяснить, в чем подоплека, какова природа типичной формулировки, «что там за спиной».

Что есть искусный (умный) драфтинг?

В принципе, вы можете с легкостью прибегнуть к тому, чтобы изложить контрактные условия самым простым языком. Во-первых, как говорится, бумага все стерпит. Во-вторых, широчайшая практика основательного интерпретирования контрактных формулировок, сложившаяся в английских судах, вкупе с давно бытующим посылом о *“clear words”* и *“plain English”* в транзакционной документации, как можно думать, дают почву в известной степени не утруждать себя мучениями, написать лучше так или так.

Но в чем тогда ценность того, чтобы перемудрить? Зачем использовать какие-то стандартные формулировки, шаблонные фразы, типовые пункты? Преобладающей версией ответа является то, что это сулит достижение договорной работой качеств (а) экономичности (расходуется меньше человеко-часов), (б) понятности готового продукта (юристы, менеджеры и предприниматели привыкли к одним и тем же текстам, они оказываются «на одной волне») и (в) безопасности конечного результата (при использовании «типовика» презюмируется последующая благосклонность суда: с появлением новой практики

plagiarism is a virtue). Юрист, который готовит проект, опирается, во-первых, на типовые договоры, во-вторых, на реальные договоры этого же вида» (Фокс Ч. Указ. соч. С. 53).

юристы корректируют прежде использовавшиеся клаузулы, делают их безопаснее с позиции возможных упреков в противоречии закону)¹.

Пункты (а) и (б) вряд ли вызовут возражения, чего не скажешь о (в). Юристы давно стоят перед сложной дилеммой. С одной стороны, имеется изречение весьма авторитетного в британских юридических кругах судьи, я даже не буду упоминать его имя, ибо подобного же рода фразы встречались мне в текстах и других представителей третьей власти острова. Оно (изречение) гласит, что «каждое дело — это авторитет, но только для той конкретной формулировки, которая есть в оговорке, в нем разбираемой». С другой стороны, даже судьи Верховного Суда Великобритании признают такое явление, как *clever drafting*², а его «попратим» — термин “*skilful drafting*”³ упоминается в массе судебных текстов, обозначая именно те ситуации, когда с помощью «пера» вы обходите «острые углы» законодательства или просто учитываете в свою пользу сложившиеся в практике интерпретации статутов, предшествующих решений судов или схожих с вашей контрактных формулировок из других кейсов и транзакций.

Я не считаю своей задачей вносить лепту в решение соответствующего спора. Но мне близко мнение, высказанное английскими специалистами в вопросах применения доктрины свободы торговли (*restraint of trade doctrine*) Александрой Кеймерлинг (*Alexandra Kamerling*) и Крисом Гудвиллом (*Chris Goodwill*). Во-первых, они полагают, что нельзя отрицать того обстоятельства, что деловая практика признает существование и распространенность общеупотребимых оговорок. Во-вторых, они исходят из того, что взгляды судей не должны возводиться в принцип, но и пренебрегать их суждениями относительно пунктов конкретных договоров, фигурирующих в конкретных делах, в последующем, при решении других дел, нельзя. Уроки могут быть извлекаемы, но на уровне того, чтобы уловить складывающийся тренд и, когда это возможно, еще и «подсветить» те контрактные формулировки, которые судьи готовы объявлять как наиболее уязвимые для оспаривания⁴. На этом и строится моя работа.

¹ Я даже не буду ссылаться на какие-либо публикации, поддерживающие или развивающие этот тезис, поскольку почти каждая книга о *contract drafting* эти идеи как минимум упоминает.

² Допустимо перевести словосочетанием «умный драфтинг».

³ Выбор в пользу «искусного драфтинга» полагаю удачным переводом.

⁴ *Kamerling A., Goodwill C. Restrictive Covenants under Common and Competition Law*. 6th Edn. London: Sweet and Maxwell, 2010. P. 299.

Какова структура книги?

Я анализирую 16 общеупотребимых контрактных оговорок, которые принято объединять термином *“boilerplate”*, каждая из оговорок удостоена отдельного раздела. 16 разделам предшествует вводный раздел, он посвящен упомянутой только что категории.

Разделы со 2 по 17 построены исходя из единого подхода: внутренняя структура раздела неизменна, каждая оговорка обсуждается с выделением четырех блоков информации о ней. Я назову их и прокомментирую идею выделения каждого.

Первый блок любого раздела имеет заголовок «Регуляторная среда». Термин весьма условный, понимаю, что к нему можно придраться, но, как мне кажется, он максимально точно передает нацеленность этого блока. Если коротко, то «Регуляторная среда» — это ответ на вопрос, что мы имеем без соответствующей оговорки и что мы имеем с ее присутствием в тексте контракта. Именно с материально-правовой точки зрения.

Совершенно очевидно, что контракт не живет в правовом вакууме, здесь что подход английского права, что подход права российского всецело совпадают: если часть вопросов исполнения принятых сторонами на себя обязательств осталась без ответов, осталась без таковых в тексте контракта, «на помощь» приходят те правила, составляющие свод норм договорного права, которые действуют по умолчанию. И неважно, вешаете ли вы на них ярлык «диспозитивных норм» или же именуете их *“default provisions”*, располагаете ли вы их в кодексе или же разбрасываете по массе прецедентов.

Но есть и кое-что еще. Это нормы-запреты, нормы-императивы. Да, в островном праве их меньше, чем у нас, это выделяемо как преимущество, но сказать, что их вовсе нет или почти нет, будет большой ошибкой. Они не работают в применении к драфтингу как то, что заполняет пустоту, они есть и работают без условий, всегда. Но их важность выражается в том, что оговорку изначально строят, только самым внимательным образом оглядываясь на них.

Второй блок информации именуется «Оговорка и варианты ее формулирования». Здесь задача проста, необходимо снабдить читателя иллюстрацией или несколькими иллюстрациями того, как соответствующая клаузула выглядит на практике. Полемичность не предполагается, мы просто разбираем варианты формулировок. Пример может быть единичен, но обсуждение может и затянуться, если имеются устойчивые, сложившиеся в договорной работе подвиды соответству-

ющей оговорки, скажем, как в случае с *indemnity clause*. Я могу также разобрать внутреннюю структуру самой оговорки с обстоятельным анализом ее элементов, если она того заслуживает, как я поступил, например, в случае с *force majeure clause*, могу сопоставить варианты звучания искомой оговорки из различных моделей.

Из каких источников я черпаю упомянутые иллюстрации? Я предпочитаю оговорки из общепризнанных отраслевых проформ (модельные контракты Международной торговой палаты, всемирно известных отраслевых объединений, таких как *FIDIC* или *BIFA*) или контрактов, подготовленных большими международными юридическими фирмами. Есть основания думать, что они более проработаны с позиций и права, и языка. Не всегда удастся выдерживать эту линию, но читатель, не сомневаюсь, заметит мои старания.

Третий блок — «Трудности распознавания оговорки в тексте договора». Я уже говорил выше, одной из отправных точек этой книги является то соображение, что мы, российские юристы, в деле работы с английским контрактом все же чаще читаем, нежели пишем. Это минимум удваивает значение того, чтобы нечто важное, и причем, возможно, не вполне аккуратно вписанное в договор третьим лицом (мы-то с вами — идеальные драфтеры!), банально не «проглядеть». Да, как правило, ту или иную заметную в практике оговорку отличает привычный набор формулировок, шаблонная фраза, «магическое слово», по присутствию каковых она в тексте договора и угадывается. Но это не всегда так.

Что если оговорка об индемнити не будет употреблять слово “*indemnity*”? Может ли сложиться так, что в контрактном пункте, отвечающем за недопущение случайного отказа от права, вовсе не будет фигурировать “*waiver*”? Это не самые сложные испытания, которые контракт, подчиненный праву Англии и Уэльса, способен подкинуть его профессиональному читателю. Практически любая из охваченных настоящим изданием оговорок ставит один-два, а иногда и несколько подобных вопросов.

Наконец, четвертый блок, его можно было бы именовать словом «разное», но его заголовок звучит как «Частные вопросы драфтинга». Приходится признать, здесь нет системы. Я имею в виду то, что если попытаться сравнить «частные вопросы», поставленные, скажем, в отношении *warranties*, с тем, что собой представляет наполнение такого же блока применительно к *severability clause*, то закономерности будут прослеживаться лишь отчасти. Этому есть оправдание. Я отталкивался от потребностей практики, а она неоднозначна в расстановке акцентов. К примеру, какая-то из задействованных оговорок крайне