Брагинский М.И., Витрянский В.В.

Договорное право

Книга первая

Общие положения

1999

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 1999. 848 с.

Брагинский М.И. – доктор юридических наук, профессор (главы I-V);

Витрянский В.В. – доктор юридических наук, профессор (главы VI-VIII).

Данная книга представляет собой работу, объединяющую как научный анализ основных категорий и институтов договорного права, так и комментарий соответствующих законоположений, регулирующих порядок заключения, изменения и расторжения договоров, признания их недействительными; уступки прав и перевода долга по договору; залог и иные способы обеспечения исполнения договорных обязательств; ответственность (убытки, неустойка, проценты годовые) за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора. В книге содержится также множество разъяснений судебной практики в области договорного права.

Авторы книги – известные правоведы, члены рабочей группы по подготовке проекта Гражданского кодекса Российской Федерации.

содержание

Предисловие ко второму изданию.... 6

Вступительное слово.. 7

ВВЕДЕНИЕ.. 11

ГЛАВА I. ДОГОВОРЫ И ИХ МЕСТО В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ.. 16

1. ПОНЯТИЕ О ДОГОВОРЕ. 16

2. МЕСТО ДОГОВОРОВ В ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ. 26

3. РАЗНООТРАСЛЕВЫЕ ДОГОВОРЫ... 30

ГЛАВА II. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРОВ.. 43

1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ.. 43

2. ВЕРТИКАЛЬНАЯ ИЕРАРХИЯ НОРМ О ДОГОВОРАХ.. 48

3. МЕЖДУНАРОДНЫЕ АКТЫ И ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРОВ 59

4. ГОРИЗОНТАЛЬНАЯ ИЕРАРХИЯ ПРАВОВЫХ НОРМ... 64

5. ОБЫЧАЙ, ОБЫЧАЙ ДЕЛОВОГО ОБОРОТА, ОБЫКНОВЕНИЯ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ДОГОВОРОВ.. 85

6. ТИПИЗАЦИЯ ДОГОВОРНЫХ ФОРМ... 106

7. ХАРАКТЕР НОРМ ДОГОВОРНОГО ПРАВА.. 120

8. ДЕЙСТВИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ ВО ВРЕМЕНИ.. 135

9. ДЕЙСТВИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ В ПРОСТРАНСТВЕ. 152

10. ДЕЙСТВИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ ПО ЛИЦАМ... 160

11. ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ДОГОВОРНОГО ПРАВА ПО АНАЛОГИИ.. 176

12. ТОЛКОВАНИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ.. 187

ГЛАВА Ш. ДОГОВОР-СДЕЛКА.. 200

1. ПОНЯТИЕ ДОГОВОРА-СДЕЛКИ.. 200

2. СВОБОДА ДОГОВОРОВ.. 209

3. ВОЛЯ И ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ В ДОГОВОРЕ. 230

4. НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ДОГОВОРОВ.. 256

5. ОБЩИЙ ПОРЯДОК ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ.. 267

6. ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРОВ.. 289

7. ТОРГИ.. 304

8. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ... 319

9. ПРЕДДОГОВОРНЫЕ СПОРЫ... 333

10. ПУБЛИЧНЫЕ ДОГОВОРЫ... 340

11. ДОГОВОРЫ ПРИСОЕДИНЕНИЯ.. 359

12. ТОЛКОВАНИЕ ДОГОВОРОВ.. 370

ГЛАВА IV. ДОГОВОР-ПРАВООТНОШЕНИЕ.. 382

1. ДОГОВОРА СИСТЕМЕ ВЕЩНЫХ И ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ.. 382

2. ДОГОВОРНЫЕ УСЛОВИЯ.. 411

3. ФОРМА ДОГОВОРА И ЕГО ГОСУДАРСТВЕННАЯ РЕГИСТРАЦИЯ.. 475

4. СТОРОНЫ В ДОГОВОРЕ. 497

5. ДОГОВОР И ТРЕТЬИ ЛИЦА.. 503

6. КЛАССИФИКАЦИЯ ДОГОВОРОВ.. 537

7. ПОИМЕНОВАННЫЕ И НЕПОИМЕНОВАННЫЕ ДОГОВОРЫ... 565

ГЛАВА V. ДИНАМИКА ЗАКЛЮЧЕННОГО ДОГОВОРА.. 584

1. ИСПОЛНЕНИЕ ДОГОВОРА.. 584

2. ИЗМЕНЕНИЕ И РАСТОРЖЕНИЕ ДОГОВОРА.. 608

3. СПЕЦИАЛЬНЫЕ СЛУЧАИ ПРЕКРАЩЕНИЯ ДОГОВОРА.. 628

4. СПЕЦИАЛЬНЫЕ СЛУЧАИ ИЗМЕНЕНИЯ ДОГОВОРА (ЗАМЕНА СТОРОН) 652

ГЛАВА VI. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ.. 671

1. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ (СПОСОБЫ) ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРНЫХ

ОБЯЗАТЕЛЬСТВ 671

2. НЕУСТОЙКА.. 678

3. ЗАЛОГ. 691

Понятие и правовая природа. 691

Залог как способ обеспечения исполнения обязательства. 707

Отдельные виды залога. 764

4. УДЕРЖАНИЕ. 773

5. ПОРУЧИТЕЛЬСТВО.. 785

6. БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ.. 825

7. ЗАДАТОК.. 839

ГЛАВА VII. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА 854

1. НЕКОТОРЫЕ ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ 854

Понятие гражданско-правовой ответственности. 854

Виды гражданско-правовой ответственности. 876

2. ФОРМЫ ДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ.. 890

Возмещение убытков. 895

Взыскание (уплата) неустойки. 928

Проценты по денежному обязательству. 950

Иные последствия нарушения договора. 974

3. ОСНОВАНИЯ И УСЛОВИЯ ДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ.. 985

Нарушение договора как основание ответственности. 990

Причинная связь. 998

Вина. 1011

Обстоятельства, влияющие на ответственность должника. 1063

ГЛАВА VIII. ЗАЩИТА ПРАВ УЧАСТНИКОВ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ.. 1079

1. ПРАВО НА ЗАЩИТУ.. 1079

2. СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ... 1087

3. ЗАЩИТА КРЕДИТОРА ВДОГОВОРНОМОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ. 1096

4. ЗАЩИТА СЛАБОЙ СТОРОНЫ В ДОГОВОРЕ. 1108

5. ПРОБЛЕМЫ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ДОГОВОРА.. 1124

6. ЗАЩИТА ПРАВ УЧАСТНИКОВ ИМУЩЕСТВЕННОГО ОБОРОТА В ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ.. 1144

7. ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАЩИТЫ УЧАСТНИКОВ ИМУЩЕСТВЕННОГО ОБОРОТА 1162

Предисловие ко второму изданию

Данная книга представляет собой второе издание нашей совместной работы по договорному праву. Его появление вызвано тем, что нами завершена работа над другой книгой, посвященной гражданско-правовым договорам, направленным на передачу имущества, которая по сути является продолжением исследования проблем в области договорного права, на этот раз применительно к конкретной категории договоров. Нам представлялось логичным приурочить второе издание настоящей книги к выходу в свет монографии о договорах, направленных на передачу имущества, которая основана на результатах ранее проведенного исследования общих положений договорного права.

Подготовка настоящего издания ограничилась внесением в текст исправлений, выявленных ошибок и неточностей, которые носят технический характер. Надеемся, что со временем нам удастся поработать и над совершенствованием содержания. Однако, представляется, что работа такого рода будет наиболее эффективной после окончания исследования всех поименованных гражданско-правовых договоров, что позволило бы в наибольшей степени учесть при формировании общих положений договорного права специфические черты многочисленных договорных обязательств, в том числе направленных на выполнение работ, оказание услуг, учреждение различных образований.

Хотелось бы надеяться, что этим планам суждено осуществиться.

Вступительное слово

Одно из самых значительных и, вместе с тем, одно из самых «незамеченных» событий этого десятилетия – принятие и введение в действие нового Гражданского кодекса России. История знает немало примеров, когда именно появление гражданских кодексов явилось отправной точкой для целых государств и народов на пути к величию.

Новый Гражданский кодекс возвращает наше общество от сомнительных и опасных экспериментов в области экономических отношений к испытанным веками методам и способам регулирования имущественного оборота, к продуманным и стабильным правилам поведения его участников. Вместе с тем Гражданский кодекс России, в отличие от аналогичных законодательных актов многих других государств, создавался в современных условиях и поэтому его нормы отвечают требованиям сегодняшнего дня, учитывают опыт решения экономических и иных проблем, возникших в последние годы.

Гражданское законодательство и гражданско-правовая доктрина в настоящее время поворачиваются лицом к своим корням: дореволюционному российскому законодательству, трудам выдающихся российских цивилистов, созданным ими законопроектам. Ведь еще в конце прошлого века в России была образована Редакционная Комиссия, подготовившая блестящий проект Гражданского Уложения, Книга У которого («Обязательственное право») в 1913 г. была внесена на рассмотрение Государственной Думы. К сожалению, первая мировая война и последующее лихолетье революций и гражданской войны не позволили принять Гражданское Уложение – один из самых лучших образцов цивилистической мысли. Многие из положений этого законопроекта были учтены при подготовке гражданских кодексов уже в советский период; Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. и Гражданского кодекса РСФСР 1964 г.

Традиции российской цивилистики оказались настолько сильны, что они сумели сохраниться в условиях невероятного давления административно-командной системы управления экономикой, когда гражданское право усиленно вытеснялось из сферы правового регулирования имущественного оборота хозяйственным правом, сторонники которого неизменно пользовались официальной поддержкой. Многие научные работы, изданные в советский период, и прежде всего труды М.М. Агаркова, С.Н. Братуся, О.С. Иоффе, Л.А. Лунца, И.Б. Новицкого, Е.А. Флейшиц, Р.О. Халфиной, могли бы оказать честь гражданско-правовой науке любой из стран, в том числе и не испытавших на себе последствий социалистических экспериментов.

Однако, в последние годы, несмотря на принятие нового Гражданского кодекса, в науке гражданского права наблюдается некий качественный за

стой: издается огромное число книг и брошюр, публикуется множество статей в юридических журналах, но их смысл и содержание, за редким исключением, сводится к комментированию отдельных законоположений и судебной практики. На первых порах после введения в действие нового ГК такого рода литература была необходима, чтобы обеспечить элементарно правильное понимание и применение новых законоположений. Но этот период давно миновал; Гражданский кодекс активно «работает», судебной практике удалось обеспечить его более или менее адекватное применение. Давно уже настал этап глубокого осмысливания (а иногда и переосмысливания) сущности многих изменившихся гражданско-правовых институтов. Правоприменительная практика

повседневно сталкивается с проблемами, которые уже нельзя разрешить, заглянув в очередной комментарий; для этого требуются серьезные теоретические познания, касающиеся истории развития соответствующих институтов, их места среди других гражданско-правовых категорий, опыта их применения в иных правовых системах, понимания значения соответствующих правовых норм и возможных последствий их применения к регулируемым отношениям. Иными словами, сегодня требуются не только комментарии гражданского законодательства, но и серьезный научный анализ.

Выбор темы нашего исследования предопределен центральным местом договора в правовом регулировании имущественного оборота, который можно себе представить в виде совокупности всех гражданско-правовых сделок, совершаемых как гражданами, так и организациями. А как известно, двух- или многосторонняя сделка и является договором. И в этом плане предметом научного исследования служат многочисленные законоположения (и практика их применения) о формах сделки, основаниях и последствиях ее недействительности; о порядке заключения, изменения и расторжения договора, о толковании его условий и т.п.

Но это только одна сторона договора (договор как сделка). Вторую сторону договора, его содержательный аспект представляет порождаемое им обязательство (договор как правоотношение). В связи с этим мы не могли обойти своим вниманием проблемы возникновения, изменения, прекращения обязательства; вопросы, возникающие при его исполнении, переходе прав и обязанностей сторон по обязательству. Отдельно анализируются способы обеспечения исполнения обязательства, в том числе предусмотренные ГК: неустойка, залог, удержание, поручительство, банковская гарантия, задаток. По-новому, с учетом современного законодательства и практики его применения, рассматриваются проблемы ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, защиты прав участников договорных отношений.

Проблемы, освещаемые в книге, служили предметом оживленных дискуссий, постоянно возникавших между участниками рабочей группы в процессе подготовки проекта Гражданского кодекса Российской Федерации (А.Л. Маковский, Г.Е. Авилов, С.С. Алексеев, Г.Д. Голубов, В.А. Дозорцев, Ю.Х. Калмыков, О.М. Козырь, Е.А. Суханов, С.А. Хохлов и некоторые другие). Нам также посчастливилось работать в составе этой рабочей группы, душой и сердцем которой был Станислав Антонович Хохлов. Особое удовлетворение доставила нам совместная с С.А. Хохловым работа по подготовке для вынесения на суд всего состава рабочей группы проекта подраздела II раздела III ГК «Общие положения о договоре». Это позволило нам, в частности, сверять свои позиции, высказанные на страницах книги, и с точкой зрения С.А. Хохлова.

М.И. Брагинский, В.В. Витрянский

ВВЕДЕНИЕ

Договор – одна из наиболее древних правовых конструкций. Ранее его в истории складывавшегося обязательственного права возникли только деликты. Будучи по своей природе негативной реакцией со стороны государства на отклонения от установленных им же критериев должного поведения, деликты были прямым наследником одного из наиболее отвратительных пережитков родового строя – мести'.

Развитие различных форм общения между людьми выдвинуло потребность в предоставлении им возможности по согласованной сторонами воле использовать предложенные законодателем или самим создать правовые модели. Такими моделями и стали договоры (контракты).

В течение определенного времени деликты и договоры были единственными признаваемыми государством основаниями возникновения обязательств.

В период расцвета римского права становилась все более ясной узость двучленной формулы оснований возникновения обязательств, и соответственно Юстинианом, а вслед за ним Гаем была высказана идея о необходимости по крайней мере еще двух групп оснований: квази-деликтов и квазидоговоров. Однако и при этих условиях, когда уже определилось четырехчленное деление гражданских обязательств, договор продолжал играть главенствующую роль в их системе. Более того, значение договора все более возрастало. Не случайно одна из высказанных еще в XIX в. идей относительно перспектив развития гражданского права состояла в том, что «договор занимает девять десятых действующих кодексов, а когда-нибудь ему будут посвящены в кодексах все статьи от первой до последней»2.

В нашей стране вплоть до недавнего времени основная масса договоров – те, которые связывали между собой главных участников тогдашнего экономического оборота – государственные, а также кооперативные и иные общественные организации, – заключалась во исполнение или для исполнения плановых актов. Воля контрагентов в таких договорах складывалась под прямым или косвенным влиянием исходящих от государственных органов заданий. Тем самым договор утрачивал свой основной, конституирующий признак: он лишь с большой долей условности мог считаться результатом достигнутого контрагентами согласия. Иного и быть не могло,

См.: Покровский И.А. История римского права. Петроград, 1918. С. 291 и ел. Это высказывание французского философа и социолога А. Фуллье приведено М.М. Агарковым

в книге «Обязательство по советскому гражданскому праву» (М.: Юриздат, 1940. С. 105).

если учесть, что плановый акт предопределял в виде общего правила, какие именно организации, о чем, когда и в каком объеме должны были заключать договоры на передачу товаров, выполнение работ или оказание услуг. Наглядным примером служили, в частности, договоры, непосредственно опосредствовавшие движение товаров в обороте. В последовательно изменявшиеся Положение о поставках продукции производственно-технического назначения и Положение о поставках товаров народного потребления, а равно в предшествовавшие им основные условия поставки отдельных видов продукции включались указания на запрещение предприятиям заключать договоры поставки при отсутствии планового акта распределения продукции и товаров или сверх указанных в нем объемов, а также отказа от заключения договоров на поставку выделенных им товаров (продукции). В

установленных Положениями о поставках случаях стороны признавались состоящими в договорных отношениях при условии, если на протяжении определенного срока (10 дней) ни одна из них не требовала согласования не охваченных плановым актом условий. К этому следует добавить жесткую регламентацию основных компонентов того, что именовалось договором поставки. Последнее отличало и законодательство, действовавшее применительно к договорам подряда на капитальное строительство, перевозкам грузов и другим договорам между организациями, охваченным понятием «хозяйственные договоры».

Наконец, максимальному ограничению значимости договорной модели как таковой способствовало то, что почти все действовавшие в этой области нормы носили абсолютно обязательный (императивный) характер. В этой связи Ф. Фельдбрюгге справедливо отмечает, что господствавшее в нашей стране направление развития социалистической экономики на основе административных предписаний оставляло на долю обязательственного права не имеющие важного значения задачи регулирования мелких сделок между гражданами'.

Тенденция к повышению роли договора, характерная для всего современного гражданского права, стала проявляться в последние годы во все возрастающем объеме и в современной России. Эта тенденция в первую очередь связана с коренной перестройкой экономической системы страны. Ключевое значение для такой перестройки имело признание частной собственности и постепенное занятие ею командных высот в экономике, сужение до необходимых пределов государственного регулирования хозяйственной сферы, установление свободы выбора контрагентов и реализация других основ нового гражданского законодательства, о которых идет речь в п. I ст. 1 Гражданского кодекса 1994-1995 гг. (в дальнейшем – ГК).

' Feldbmgge FJ.M. Russian Law: The End of the Soviet System and the Role of Law. Dordrecht (Boston); London, 1993. P. 278.

Новый ГК не только провозгласил «свободу договоров», но и создал необходимые гарантии для ее осуществления. Признание со стороны ГК возросшей значимости договоров нашло свое формальное выражение в том, что только во второй его части из общего числа 656 статей, регулирующих отдельные виды обязательств, около 600 посвящено отдельным видам договоров. Уже одно это примерно втрое превосходит набор специальных «договорных» статей в Гражданском кодексе 1964 г. (в дальнейшем – ГК 64) и в Гражданском кодексе 1922 г. (в дальнейшем – ГК 22)'.

Ключевую роль в договорном регулировании по ГК играют прежде всего нормы, помещенные в его разделы I «Общие положения», а также III «Общая часть обязательственного права». Оба указанных раздела содержат немало норм, которые целиком или по крайней мере преимущественно рассчитаны на применение их к договорам, а нередко именно им непосредственно адресованы. Наряду с этим такие же нормы, имеющие в виду договоры или по крайней мере рассчитанные главным образом на применение к соответствующим договорам, находятся в разделе II ГК «Право собственности и другие вещные права»; они, несомненно, составят костяк будущей третьей части ГК (имеется в виду прежде всего его раздел, посвященный интеллектуальной собственности).

Именно в этой связи в литературе справедливо подчеркивается, что практически весь текст Гражданского кодекса решает задачу регулирования договоров2.

Действующий Кодекс является солидной нормативной базой для коренной перестройки системы гражданского права в целом, а с ней всей той области отношений, которая по классификации

Ульпиана представляет собой частное право.

Сам ГК и принимаемые на его основе акты призваны осуществить известный завет Вольтера, о котором вспомнил И.А. Покровский: «Хотите вы иметь хорошие законы? Так уничтожьте старые и напишите новые!»3

ГК прямо называет около 30 законов, из которых примерно 20 приходится на долю актов, посвященных договорам (законы об ипотеке, поставках товаров для государственных нужд, энергоснабжении, подряде для го-

06 устойчивости этой тенденции можно судить, например, по проекту книги пятой «Обязательственное право» Гражданского уложения России. Здесь и далее при цитировании используется неофициальное издание проекта, внесенного 14 октября 1913 г. в Государственную думу, осуществленное В.Э. Герценбергом и И.С. Петерским (СПб., 1914). Имеется в виду, что из 1216 статей книги пятой проекта 1148 были посвящены непосредственно общим положениям о договорах и отдельным их видам. Остальные статьи приходились на долю «Обязательств вообще», а также «Обязательств, возникающих не из договоров».

См. подробнее: Витрянский В.В. Гражданский кодекс о договоре // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1995. № 10. С. 100.

Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917. С. 35.

сударственных нужд, страховании, а также транспортные уставы и кодексы и др.). Наряду с ними предстоит принять с целью развития правового регулирования договоров большое число и других законов, а также указов Президента Российской Федерации, постановлений Правительства Российской Федерации, актов министерств и иных федеральных органов исполнительной власти.

Нормальное развитие договорного права предполагает обеспечение его единства. Существующая практика подготовки и принятия новых актов о договорах подтверждает важность соответствующего требования. В этой связи весьма актуально звучат слова Рудольфа Штаммлера, адресованные законодателям: «Люди стараются выяснить, какие именно общественные феномены образовались под влиянием нынешнего регулирования социального сотрудничества, а также – как это бывает при критике какого-либо законопроекта, какие феномены необходимо образуются в будущем. И в том и в другом случае совершенно справедливо предполагается, что именно законодательство несет в последнем счете ответственность за социальные явления, ибо оно регулировало в том или ином направлении жизнь людей, с которой ему приходилось считаться при данных условиях»'.

' Штсшмлер Р. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. СПб., 1907. С. 328.

ГЛАВА I. ДОГОВОРЫ И ИХ МЕСТО В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

1. ПОНЯТИЕ О ДОГОВОРЕ

Применение договоров на протяжении уже нескольких тысяч лет объясняется помимо прочего тем, что речь идет о гибкой правовой форме, в которую могут облекаться различные по характеру общественные отношения. Основное назначение договора сводится к регулированию в рамках'! закона поведения людей путем указания на пределы их возможного и должного поведения, а равно последствия нарушения соответствующих / требований.

В свое время по поводу относительной значимости закона и договора были высказаны три точки зрения. Сторонники «волевой теории» полагали, что договор как волевой акт контрагентов – первоисточник, а закон лишь восполняет или ограничивает их волю. Те, кто представлял теорию приоритета закона, исходили из того, что договор обладает лишь производным от закона правовым эффектом. Наконец, сторонники третьей, «эмпирической теории» считали, что воля сторон сознательно направлена лишь на определенный экономический эффект; при этом последствия договора мыслятся как такие средства для его осуществления, о которых стороны могут и не иметь и, более того, действительно часто не имеют ясного представления'.

Регулирующая роль договора сближает его с законом и нормативными актами. Условия договора отличаются от правовой нормы главным образом двумя принципиальными особенностями. Первая связана с происхождением правил поведения: договор выражает волю сторон, а правовой акт – волю издавшего его органа. Вторая различает пределы действия того и другого правила поведения: договор непосредственно рассчитан на регулирование поведения только его сторон – для тех, кто не является сторонами, он может создать права, но не обязанности; в то же время правовой или иной нормативный акт порождает в принципе общее для всех и каждого правило (любое ограничение круга лиц, на которых распространяется нормативный акт, им же определяется). Отмеченные две особенности отличают именно гражданско-правовой договор. В договоре, в котором указанные особенности отсутствуют, имеются в виду различные виды публично-правовых до-

См.: Таль Л.С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. Ч. И. Ярославль, 1918. С. 4 и ел.

говоров', – грань, отграничивающая его от нормативного акта, стирается. И все же во всех случаях в публичном договоре в конечном счете определяющее значение имеет воля сторон.

Договор служит идеальной формой активности участников гражданского оборота. Важно подчеркнуть, что, несмотря на изменение его социально-экономического содержания, в ходе истории общества сама по себе конструкция договора как порождение юридической техники остается в своей основе весьма устойчивой.

С течением времени вместе с развитием системы общественных отношений, опосредствуемых договорами, расширился состав возможных участников: наряду с физическими лицами (гражданами) в этой роли стали выступать коллективные образования, признанные самостоятельными субъектами гражданского права – юридическими лицами. Все более многообразными становились предусмотренные в законодательстве типы договоров, усложнялись комбинации элементов,

используемых при конструировании договорного правоотношения, и др. А договоры остаются договорами...

Конструкция договора применяется в различных отраслях права: международном, публичном, административном и др. И все же наиболее широко используется она в гражданском праве.

Что же представляют собой гражданско-правовые договоры?

Существовавший в римском праве взгляд на договоры (contractus) позволял рассматривать их с трех точек зрения: как основание возникновения правоотношения, как само правоотношение, возникшее из этого основания, и, наконец, как форму, которую соответствующее правоотношение принимает2.

' См.о них, в частности: Тихомиров Ю.А. Публичное право. М.: БЁК, 1995. С. 183 и

ел.

2 Contractus происходит от глагола contrahere, что означает «стягивать». Соответственно термин contractus в известной мере адекватен понятию правоотношения как такового. И только после разделения оснований возникновения обязательств на договоры и деликты contractus стал рассматриваться как снабженное иском conventio (соглашение) в отличие от такого же соглашения, лишенного защиты (pactum) (см.: Дернбург Г. Пандекты. Обязательственное право. М., 1900. С. 18).

Любопытное разъяснение смысла слова «договор» содержится в Словаре В.И. Даля. Договор, указано в нем, – это «уговор, взаимное соглашение». «На деловом языке, -отмечается там же, – договором называются предварительные условия или частное обязательство, а совершенное на законном основании – контрактом, условия его -кондициями; сдачу крепости на договоре называют капитуляциями» (Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. I. М., 1955. С. 450).

Указанное многозначное представление о договоре с определенными изменениями практически реализовано в ГК РФ и в гражданских кодексах других стран".

В советской и постсоветской юридической литературе приведенное многопонятийное представление о договоре весьма последовательно развито в работах ряда авторов. Особенно четко это выражено в исследованиях О.С. Иоффе. Признавая договор соглашением двух или нескольких лиц о возникновении, изменении или прекращении гражданских правоотношений, О.С. Иоффе вместе с тем отмечал: «Иногда под договором понимается самое обязательство, возникающее из такого соглашения, а в некоторых случаях этот термин обозначает документ, фиксирующий акт возникновения обязательства по воле всех его участников»2.

Можно привести и другой пример высказываемых в литературе взглядов: «Договор как юридический факт служит основанием возникновения договора как правоотношения или договорного правоотношения... Договор

' Так, в ст. 1101 Французского ГК договором признается соглашение, посредством которого одно лицо или несколько лиц обязываются перед другим лицом или перед несколькими другими лицами дать что-либо, сделать что-либо или не делать чего-либо. М.М. Агарков, имея в виду последние слова указанной статьи, подчеркивал, что она исходит из римского понятия обязательства (см.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 16).

В ст. 1528 Свода законов гражданских (т. X. Ч. I) подчеркивалось, что «договор составляется по взаимному согласию договаривающихся лиц. Предметом его могут быть или имущества, или

действия, цель его должна быть не противна законам, благочинию, общественному порядку». Единообразный Торговый кодекс США считает договором «правовое обязательство в целом, вытекающее из соглашения сторон в соответствии с настоящим Законом и иными подлежащими применению нормами права». Здесь же (ст. 1-201) приводится определение «соглашения»:

«...фактически совершенная сделка сторон, наличие которой вытекает из их заявлений или иных обстоятельств...».

Гражданский кодекс Нидерландов признает, что договором является «многосторонняя сделка, в которой одна или несколько сторон принимают на себя обязательства по отношению одной или нескольких других сторон» (ст. 213 Книги 6).

Одно из немногих исключений составляет Германское гражданское уложение в том смысле, что оно оперирует понятием «договор» как раз и навсегда данным и не нуждающимся в разъяснении. По сути, первое упоминание о договоре содержится в ет. 126, посвященной письменной форме, установленной законом (до этого в ст. 108 о договоре идет речь в связи с определением границ дееспособности несовершеннолетних). Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Госюриздат, 1975. С.26.

как юридический факт и как правоотношение – это самостоятельные аспекты договора, различные стороны в его развитии»'.

Аналогичную позицию занимает и Н.Д. Егоров. «Под договором, -подчеркивает он, – понимают и юридический факт, лежащий в основе обязательства, и само договорное обязательство, и документ, в котором закреплен факт установления обязательственного правоотношения»2.

Вместе с тем в литературе иногда отождествляется различное представление о договоре.

Так, в учебнике 1993 г. отмечается: «Договор обычно трактуется как двух- или многосторонняя сделка3. Но сведение договора только к сделке едва ли верно. Сделка представляет собой действие, направленное на установление, изменение, прекращение прав или обязанностей (ст. 41 ГК). Договор не только устанавливает права и обязанности, но и предусматривает совершение субъектами предметных действий, содержание которых закрепляется в соглашении. Договор определяет, что конкретно должно быть сделано и какие юридические требования предъявляются сторонами к совершению действий. Следовательно, роль и функции договора значительно шире, нежели у традиционно понимаемой сделки»4.

Как нам кажется, автор (Б.И. Пугинский) все же не учитывает, что речь идет не о разных функциях одного явления, а о разных явлениях. Они объединены единым термином – «договор», но отличаются содержанием.

Еще одна точка зрения на рассматриваемый вопрос была высказана Р.О. Халфиной. Она выступала одновременно и против утверждения, будто договор – взаимная сделка, и против того, что договор – согласие сторон, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданского правоотношения. Сама Р.О. Халфина полагала, что в понятие договора помимо согласования воли двух или нескольких лиц «должны быть включены их взаимные гражданские права и обязанности». При этом обращено внимание на то, что «права и обязанности, принимаемые на себя каждой из

' Договор в народном хозяйстве. Алма-Ата, 1987. С. 13. См. также: Советское гражданское право. ЛГУ, 1982. С. 329; Советское гражданское право. Т. I. М,, 1965. С. 440; Советское гражданское право.

Т. I. Свердловск, 1972. С. 355, и др. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. СПб., 1996. С. 428.

3 Авторы, возможно, имели в виду И.Б. Новицкого, который усматривал смысл «понятия о договоре» во взаимной (или двухсторонней) сделке (см., в частности: Граж", данское право. Т. 2. 1993. С. 42).

4 Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. Е.А. Суханова. М.; БЕК, 1993. С. 42.

сторон, как правило, различны, но они должны быть взаимно согласованы, должны в своей совокупности дать единый правовой результат»'.

Представляется, что сама по себе идея сочетания в договоре прав и обязанностей не может вызывать возражений. Однако все это следует относить не к договору-сделке, а к договору-правоотношению. При том в любом правоотношении, – договорном и недоговорном, независимо от того, какой именно юридический факт послужил основанием для его возникновения, права и обязанности должны корреспондировать друг другу. Это необходимо уже по той причине, что иначе правоотношение как таковое вообще не может существовать. Следовательно, предлагаемый признак своей роли в выделении договорной конструкции как таковой, очевидно, сыграть не может.

Противником многопонятийного представления о договоре, но уже по другим причинам являлся и О.А, Красавчиков. Он полагал, что «в нашем гражданском законодательстве, а равно в науке права при употреблении термина «договор» смешиваются два разных понятия: договора как юридического факта и как формы существования правоотношения».

Развивая это положение, О.А. Красавчиков приходил к выводу: «Не вызывает сомнения, что подобное разночтение одного и того же термина не может не привести к различным недоразумениям и затруднениям теоретического и практического порядка»2.

Все же автор не показал, в чем именно состоят «трудности», о которых идет речь. Во всяком случае законодатель не согласился с этой рекомендацией и при принятии ГК 64, а также действующего ГК, следуя общепризнанной практике, сохранил единый термин – «договор»3.

Договор в его первом значении – основания возникновения прав и обязанностей – составляет ступень в классификации юридических фактов. Соответственно он должен отвечать основополагающим признакам этих

Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1952. С. 50.

Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Гое-юриздат, 1950. С. 117.

Известно, что в праве вообще, в гражданском в частности, охват различных понятий одним и тем же термином – весьма распространенная практика. В качестве примера можно указать на «обязательство» («обязательство» – правоотношение и «обязательство» – элемент правоотношения), «предприятие» (предприятие как объект и как субъект права), само «право» (право в объективном и в субъективном смысле) и др. Таким образом, думается, что использование в различных вариантах термина «договор» никаких неудобств не влечет. Необходимо лишь иметь в виду, что речь идет об омонимах.

последних (имеется в виду способность порождать права и обязанности'). С указанной точки зрения

договор может быть поставлен в один ряд с односторонними сделками, с деликтами, административными актами, юридическими поступками и др.

Договоры относятся к той разновидности юридических фактов, кото-_,, рая именуется сделками, а значит, представляют собой действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК).

Отмечая конструктивное значение сделок, В.Ф. Яковлев справедливо подчеркивал; «Наделение субъектов права инициативой находит свое выражение в нормах объективного права, которыми придается правообра-зующая сила таким действиям субъектов гражданского права, как сделки»2.

Среди других сделок договор выделяется только одним признаком: он представляет собой двух- или многостороннюю сделку, т.е. соглашение двух или более лиц. В этом качестве договор противостоит односторонним сделкам, примерами которых могут быть, в частности, и эмиссия ценных бумаг, и завещание, и разнарядка покупателя или поставщика. Все эти сделки относятся к числу односторонних, поскольку для их совершения в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (п. 2 ст 154 ГК).

В римском праве представление о договоре как об основании возникновения, изменения или прекращения правоотношений включало два его непременных признака: во-первых, соглашение (conventio, consensus) и, во-вторых, особое основание соглашения в виде определенной цели (causa). По поводу последнего К.А. Митюков отмечал: «Договор, как и всякая сознательная перемена имущественных правоотношений, всегда совершается с известной юридической целью. Эта цель, для которой договор служит средством, и есть материальное его основание. Она определяет юридический характер договора. Основание договора может состоять в намерении сделать дарение или принять на себя обязанность за действие другого, или обеспечить существующее обязательство, вообще в желании достигнуть какой-либо юридической цели. Без этого желания и мотива нельзя представить серьезной воли вступить в обязательство. С другой стороны, договор

См., например: Новицкий И.Б,, ЛунцЛ.А. Общее учение об обязательстве. М.: Гос-юриздат, 1954. С. 94 и ел,

Яковлев В.Ф. Гражданско-правовое регулирование имущественных отношений. Свердловск, 1972. С. 9.

не имеет никакой силы, если в основании его лежит цель, запрещенная законом, например дарение между супругами»'.

Договоры в качестве основания возникновения прав и обязанностей (в дальнейшем – «договоры-сделки») занимают неодинаковое положение в действующих в разных странах гражданских кодексах. В одних из них нормы, регулирующие соглашение, с одной стороны, и основание его возникновения – «договор-сделку» – с другой, включены в разделы, посвященные договорам как таковым. В других на договоры распространяются общие нормы Кодекса о сделках с тем, что в разделе, посвященном положениям о договоре, на долю договоров-сделок остаются лишь правила, которые определяют порядок формирования необходимого согласия сторон2.

О.С, Иоффе, являвшийся, как уже отмечалось, последовательным сторонником множественности значений «договор», обращал внимание на то, что для всестороннего ознакомления с его сущностью договор «должен быть изучен и как юридический факт, и как правоотношение»3. В полном

соответствии с приведенным утверждением он отмечал: «Встречающиеся иногда попытки определить содержание договора указанием как на его условия, так и на вытекающие из него права и обязанности ошибочны и объясняются смешением договора как юридического факта с самим договорным обязательством»4.

Всякий раз, когда стороны заключают договор, они должны согласовать его условия, которые определяют права и обязанности контрагентов. Однако, наряду с этим, в силу заключенного ими договора они оказываются связанными также правами и обязанностями, которые предусмотрены в законе. В частности, имеются в виду такие права и обязанности, которые предусмотрены нормами, включенными в общую часть ГК, в общую часть обязательственного права, в главы, посвященные соответствующему договору.

' Митюков К.А. Система римского гражданского права. Ч. 231. О цели в договоре см.: ХалфинаР.О. Указ. работа. С. 50. Здесь, в частности, подчеркивается: «Под целью договора мы понимаем ту основную цель, для достижения которой заключается данный договор, а не тот конкретный результат, который вытекает из волеизъявления сторон».

2 Примерами первых могут служить Французский ГК, Гражданский кодекс Нидер-ландов, а вторых – помимо ГК Российской Федерации – Германское гражданское уложение,

3 См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 26-27. В последнем по времени учебнике гражданского права (СПб., 1996) выражена та же совершенно справедливая позиция: содержание договора в качестве его сделки соответствует «условиям, на которых достигнуто соглашение сторон» (С. 432).

4 Там же. С. 27.

Например, у продавца и покупателя есть право требовать от контрагента, нарушившего свое обязательство, полного возмещения причиненных убытков (ст. 393 ГК). Покупатель, не исполнивший обязанность по "оплате, помимо цены товара, должен также платить проценты, а равно возмещать понесенные убытки, не покрытые процентами (ст. 395 ГК). Точно так же с указанного момента – заключения договора – контрагенты оказываются связанными правами и обязанностями, которые включены в главу, посвященную купле-продаже (гл. 30 ГК).

Вместе с тем с помощью договора в ряде случаев установлены определенные границы обязательности закона.

Так, п. 3 ст. 1085 ГК, предусмотрев общий порядок подсчета объема и размера возмещения вреда, причиненного повреждением здоровья, вместе с тем допускает его увеличение договором. Более общая норма на этот счет содержится в ст. 1064 (п. 1) ГК. Имеется в виду, что как законом, так и договором может быть установлена обязанность причинителя выплатить потерпевшему компенсацию сверх возмещения вреда.

В заключение следует отметить, что договор в его качестве сделки порождает определенные права и обязанности сторон. Однако подлинное содержание юридической связи сторон этим не исчерпывается. Безусловным элементом служит весь массив императивных гражданско-правовых норм. К этому следует добавить, что при отсутствии других указаний в конкретном договоре стороны признаются согласившимися подчинить свои отношения нормам диспозитивным, а также квазинормативным регуляторам в виде деловых обыкновений, сложившейся между сторонами

практики. '

В своем определении договоров, отдавая дань теории приоритета закона, Ю.А. Тихомиров указал на то, что закон является «отцом договора»', Но продолжая это сравнение, можно отметить, что «мать договора» – соглашение. Именно соглашение порождает все возможные последствия в договоре, включая применение и нормативных и квазинормативных регуляторов.

2. МЕСТО ДОГОВОРОВ В ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ

В ГК 22 и ГК 64 наряду с договорными были урегулированы обязательства, возникающие вследствие причинения вреда, а также неосновательного обогащения (в ГК 64 сверх того – обязательства, возникающие вследствие спасания социалистического имущества).

Соответствующие статьи в ГК 22 (ст. 106) и ГК 64 (ст. 58), определяя незамкнутый круг оснований возникновения обязательств, прямо назвали

' См.: Тихомиров Ю.А. Договоры в экономике. М.: Экономика, 1993. С, 13.

только договор, а аналогичная норма нового ГК (п. 2 ст. 307) прибавила к нему лишь обязательства вследствие причинения вреда.

Назначение договора состоит в том, что он служит самостоятельным основанием возникновения обязательства. Вместе с тем договорные обязательства иногда действуют параллельно с недоговорным, защищая его или иным образом обеспечивая его цели.

Примером может служить обязательство собственника, потерявшего вещь, или иного лица, имеющего право требовать возврата найденной вещи, в том числе органа местного самоуправления, возместить нашедшему расходы, связанные с находкой, и выплатить ему вознаграждение. Установлено, что если найденная вещь не имеет определенной стоимости и представляет ценность только для собственника (например, фотографии родственника), то соответствующие обязательства (возместить расходы и выплатить вознаграждение) признаются возникшими только после того, как между тем, кто потерял найденную вещь (ее собственником), и нашедшим вещь будет достигнуто соглашение о размере подлежащей выплате суммы (п. 2 ст. 229 ГК).

Аналогичная ситуация складывается и применительно к обязательствам лица, задержавшего безнадзорное домашнее животное, возвратить его прежнему собственнику при наличии обстоятельств, предусмотренных в п. 2 ст. 231 ГК (сохранение привязанности животного к старому собственнику либо жестокое или иное ненадлежащее обращение с ним нового собственника). Указанная статья также устанавливает, что условия возврата определяются по соглашению с новым собственником. В результате и в этом случае связывающие старого и нового собственника обязательственные правоотношения возникают из заключенного между ними договора.

Если договор-сделка отличается по своей природе рядом конституирующих признаков от других оснований возникновения обязательств, то правоотношение, порожденное разнообразными договорами, может совпадать во всех своих элементах, включая, в частности, права и обязанности сторон, с тем, которое порождалось иным указанным в законе основанием. В недавний период примером могли служить поставки, в одних случаях возникавшие из договора, а в других – независимо от воли сторон, непосредственно из планового акта или иного административного акта'. Однако и в настоящее время такая конкуренция двух различных оснований возникновения одного и

того же по характеру правоотношений возможна. В подтверждение можно сослаться на те же примеры: из нарушенного договора и

' Так, ст. 159 ГК 64 прямо предусматривала возможность возникновения обязательства «непосредственно из акта планирования народного хозяйства».

из деликта возникает аналогичное последствие – обязательство возместить вред.

Говоря о близости обязательств, возникающих из договора и из недоговорных отношений, можно с определенными оговорками указать на способы обеспечения обязательств. Четыре из поименованных в ГК шести способов обеспечения – неустойка, залог, поручительство, задаток – возникают, как правило, из договора. Это не относится к двум другим указанным в Кодексе способам обеспечения обязательств. Имеются в виду удержание, которое возникает непосредственно из закона и по правилам, указанным в законе (ст. 359 и 360 ГК), а также банковская гарантия, которая, напротив, основана на односторонней сделке (ст. 368 ГК). Однако и эти два способа могут иметь целью обеспечить обязательство стороны, порожденное практически любым договором.

Особый характер договора, и в частности отмеченное выше двойное значение соответствующего понятия находят более или менее адекватное отражение в структуре кодекса. Интерес в этом смысле представляет прежде всего старейшая из действующих до сих пор кодификаций – Французский гражданский кодекс 1804 г. Здесь весь нормативный материал о договорах содержится в книге третьей – «О различных способах, которыми приобретается собственность», составляя особый титул [II – «О договорах или о договорных обязательствах».

В ст. 1108 этого Кодекса называются четыре существенных для действительности соглашения условия. Сюда отнесены, помимо согласия обязывающейся стороны, ее способность заключить договор, определенный предмет, составляющий содержание обязанности, и, наконец, то, что названо ипе cause licite^. За этим следует то, что можно назвать общей частью обязательственного права, а затем – отдельные виды обязательств и в их числе отдельные виды договоров.

Отличное от Французского кодекса структурное решение содержится в Германском гражданском уложении. В нем вначале договор рассматривается в разделе о сделках (ст. 145-157), а затем в качестве одного из видов обязательств (ст. 305-361).

По такой же модели построен один из наиболее современных кодифицированных актов – Гражданский кодекс Нидерландов. Все, что относится к основанию (causa), помещено в разделе 2 книги 3 («Сделки»). Одновременно Кодекс содержит специальную книгу в томе III, посвященную общим положениям обязательного права, с выделением раздела «Договоры вообще», а наряду с этим книгу 7 «Особые виды договоров».

1 Последнее было переведено И.С. Перетерским как «дозволенное основание обязательства» (см. соответствующий перевод указанного текста. 1941. С. 256).

На наш взгляд, преимущество системы, используемой в Германском гражданском уложении и в кодексе Нидерландов, состоит в установлении в необходимых пределах единого для всех сделок, включая договоры, режима.

В данном случае действует обязательное для любой кодификации правило: родовые признаки различных правовых конструкций целесообразно закреплять в общих нормах. Тем самым достигается не только «экономия правового регулирования», но и то, что имеет гораздо большее значение, -

необходимое единство самого регулирования. Для правовой кодификации выделение родовых признаков видовых конструкций имеет, очевидно, значение прежде всего как основание для замены специальных норм общими там, где в особом регулировании соответствующих конструкций нет необходимости.

ГК, подобно некоторым другим кодексам, построенным по пандектной системе, уделяет договорам определенное место в своей общей части, а равно в разделе, посвященном обязательствам (определенное место они занимают и во всех остальных его разделах).

Заключая договор, стороны должны руководствоваться главой о сделках (имея в виду необходимость соответствия договора условиям действительности сделок); главами, посвященными общим положениям об обязательствах (они определяют, как должны исполняться договоры, как может обеспечиваться исполнение и какая ответственность наступает на случай их нарушения); нормами, посвященными условиям договоров, а также порядку их заключения (часть этих норм относится к договорам-сделкам, а остальные ~ к договорам-правоотношениям). В главах, содержащих регулирование отдельных видов договоров, идет речь главным образом о договоре-правоотношении, хотя отдельные нормы относятся к соответствующему договору как к сделке. Все эти нормы носят специальный характер.

3. РАЗНООТРАСЛЕВЫЕ ДОГОВОРЫ

Наряду с гражданско-правовыми существуют договоры, которые используются за пределами указанной отрасли. Все они являются соглашениями, направленными на возникновение набора прав и обязанностей, которые составляют в совокупности правоотношение, порожденное соглашением.

Основы гражданского законодательства 1991 г. (п. 3 ст. 1) предусмотрели, что к семейным, трудовым отношениям и отношениям по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды, представляющим товарно-денежные и иные построенные на равенстве участников имущественные отношения, а также связанные с имущественными неимущественные отношения, гражданское законодательство применяется в случаях,- ко-

гда эти отношения не регулируются соответствующими отраслями (семейным, трудовым и др.). Тем самым был закреплен принцип субсидиарного применения гражданско-правовых норм к указанным отношениям.

Там же (п. 4 ст. 1) содержалось указание на то, что к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим бюджетным отношениям, гражданское законодательство не применяется, за исключением случаев, предусмотренных законодательством.

Новый Гражданский кодекс выделил только одну особенность имущественных отношений, которые находятся за пределами гражданского права. Имеется в виду его п. 3 ст. 2, в силу которого к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством.

Однако указанная норма явно не имеет в виду разграничений договоров различной отраслевой

принадлежности, поскольку наличие между сторонами отношения власти и подчинения вообще исключает в принципе возможность применения не только гражданского законодательства, но и самой конструкции договора как такового.

Договор («соглашение») может существовать только между субъектами, которые в данном конкретном случае занимают равное положение. Примером может служить передача предпринимателю в аренду имущества Российской Федерации, субъекта Федерации или муниципальных образований выступающими от их имени органами власти и управления или различные формы договоров о разделе продукции с участием государства (выступающего от его имени органов). Все такие договоры по своему характеру являются обычными гражданско-правовыми договорами. Таким образом, п. 3 ст. 2, очевидно, имеет в виду иные, недоговорные отношения.

Интерес представляет в этом смысле новый Водный кодекс, принятый 18 октября 1995 г.' В самом Кодексе названы три вида договоров: долгосрочного пользования водным объектом, краткосрочного пользования водным объектом и установления частного водного сервитута. При этом если в первых двух договорах обязательно участие органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации, то последний – договор частного водного сервитута заключается водопользователем с лицом, в пользу которого ограничено его право пользования водным объектом. В самом Кодексе урегулирован целый ряд вопросов, и, в частности, такие, как определение существенных условий договора, порядок его заключения (обязательность для

^ См:: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 47. От. 4471.

соответствующей стороны заключения договора с гражданином или юридическим лицом, получившим лицензию), регистрация договора, последствия расторжения договора и др.

Для определения природы указанных договоров целесообразно сопоставить три нормы, содержащиеся в Водном кодексе. Так, во-первых, в силу ст. 46 «права на обособленные водные объекты приобретаются в порядке, предусмотренном гражданским законодательством, земельным законодательством и настоящим Кодексом», во-вторых, в силу той же ст. 46 «водный сервитут устанавливается водным законодательством Российской Федерации или договором» и, в-третьих, в силу ст. 54 «к договорам пользования водными объектами применяются положения гражданского законодательства о сделках, договорах и аренде, если иное не установлено настоящим Кодексом»'.

Указанные статьи дают основание считать, что соответствующие договоры (все три, о которых идет речь) представляют собой разновидность гражданско-правовых договоров. А статьи Водного кодекса, относящиеся к указанным договорам, – обычные специальные нормы гражданского права, которые в этом смысле не отличаются, например, от норм, посвященных договорам о перевозке грузов, пассажиров и багажа, включенных в Кодекс торгового мореплавания или Воздушный кодекс, имея в виду, что и те и другие нормы являются гражданско-правовыми, но носящими специальный характер. В этом смысле заслуживает внимания то обстоятельство, что ГК в отличие от Основ 1991 г. отказался от безоговорочного вынесения отношений, имеющих своим предметом использование природных ресурсов и охрану окружающей среды, независимо от метода их регулирования, за пределы гражданского права.

Другой пример – Лесной кодекс Российской Федерации, принятый 22 января 1997 г.2 Он исходит из тех же принципов регулирования договоров, что и Водный кодекс РФ. В него включено общее

указание на то, что имущественные отношения, которые возникают при использовании, охране, защите и воспроизводстве лесов как входящих, так и не входящих в лесной фонд, а также земель лесного фонда, регулируются гражданским законодательством РФ, если иное не предусмотрено Лесным кодексом. Сам Лесной кодекс содержит особые нормы, посвященные регулированию также трех договоров: аренды участков лесного фонда, безвозмездного пользования участком лесного фонда и концессии участка лесного фонда. При

1 Не случайно авторы Комментария к Водному кодексу без каких-либо оговорок ссылаются на Гражданский кодекс применительно к одной из статей, посвященных

договорам (Право и экономика. 1996. № 17-18. Ст. 57). 2 Собрание законодательства Российской Федерации» 1997. № 5. Ст. 610.

этом помимо отсылок к гражданскому законодательству, существующих в рамках отдельных договоров, имеется и общая норма (ст. 12). Она предусматривает, что все сделки с правом пользования участками лесного фонда, которые не входят в состав фонда, регулируются субсидарно гражданским Законодательством, а сделки с древесной кустарниковой растительностью должны совершаться в порядке, предусмотренном гражданским законодательством и земельным законодательством Российской Федерации (та же ст, 12 ГК).

На наш взгляд, аналогичное положение может создаться и по поводу договоров, которые являются предметом других отраслей «природоохранного законодательства». Имеется в виду, что все договоры, регулируемые земельным, водным, лесным кодексами, законодательством о недрах и других природных ресурсах, отвечающие требованиям ст. 1 ГК (т.е. построенные на началах равенства), надлежит относить к числу гражданско-правовых.

В результате оказывается, что ко всем договорам, возникающим по поводу природных ресурсов, должны применяться общие нормы гражданского права, если иное не содержится в посвященных таким договорам законодательных актах (имеются в виду, в частности, статьи Водного, Лесного и других таких же кодексов). При этом такие нормы пользуются несомненным приоритетом. И этот приоритет объясняется не иноотраслевым характером указанных норм, а тем, что они являются хотя и гражданско-правовыми, но специальными.

До последнего времени вопрос о соотношении семейного и гражданского права затрагивал весьма узкий круг вопросов, лежащих за пределами законодательства о договорах. Однако Семейный кодекс РФ ввел институт брачного договора'. Этот договор представляет собой соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, которое определяет их имущественные права и обязанности в браке и (или) в случае его расторжения (ст. 40).

Общая норма о применении гражданского законодательства к семейным отношениям закрепляет принцип субсидиарности. Это законодательство регулирует указанные отношения при наличии двух непременных условий: речь идет о случаях, когда семейные отношения не урегулированы семейным законодательством2, при этом применение гражданского законода-

Первое упоминание о нем содержится в ст. 256 ГК, которая признает собственность супругов общей, если договор между ними не устанавливает иной режим этого имущества.

2 Приведенное правило о распространении действия гражданских норм на семейные отношения охватывает прежде всего брачные договоры. Прн"этом посвященная

тельства не противоречит существу семейных отношений (ст. 4 Семейного кодекса РФ). Таким образом, есть все основания, думается, для признания и брачного договора разновидностью гражданских договоров.

Особый интерес вызывают международно-правовые и трудовые договоры. И в том и в другом случае договоры представляют собой набор правоотношений, сходных с цивилистическими конструкциями. При этом, однако, сферы использования каждого из них существенно далеки одна от другой. Имеется в виду, что соответствующие отношения занимают различное место уже на первой ступени классификации отраслей права: отношения, регулируемые международным правом, составляют область публичного права, а аналогичные по своей конструкции отношения трудового права – область права частного.

Отраслевая принадлежность указанных договоров проявляется среди прочего в особенностях их субъектного состава и содержания.

В силу Закона «О международных договорах Российской Федерации» от 15 июня 1995 г.' международным договором признается международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами) либо с международной организацией в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования. При этом указанные договоры должны заключаться, выполняться и прекращаться в соответствии с общепринятыми принципами и нормами международного права, положениями самого договора, Конституцией Российской Федерации. В Комментарии к указанному Закону приведены некоторые акты, использующие типичные для гражданского договорного права категории. Так, например, в заключенном в рамках СНГ Соглашении о финансировании совместной деятельности по исследованию и использованию космического пространства 1992 г. говорится об обязанности

данному договору глава Семейного кодекса (гл. 8) содержит не предусмотренный ст. 4, но и не противоречащий ей вариант: наличие по ряду вопросов прямых отсылок к Гражданскому кодексу. Сюда входят нормы, предусматривающие основания и порядок изменения или расторжения брачного договора судом по требованию одного из супругов (п. 2 ст. 43); основания признания судом брачного договора недействительным (п. 1 ст. 44), права кредиторов супруга-должника требовать изменения условий или расторжения заключенного между ними договора в связи с существенно изменившимися обстоятельствами (п. 2 ст. 46). При этом М.Г. Масевич с полным основанием приходит к выводу; «Брачный договор должен соответствовать основным требованиям, предъявляемым к гражданско-правовым сделкам» (Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. М.: ВЕК, 1996. С. 115). См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 29. Ст. 2757.

стороны, нарушившей Соглашение, возмещать убытки в Порядке, предусмотренном Соглашением. Соглашением между Правительством РФ и Беларуси о транспортировке природного газа через территорию Беларуси и поставках его потребителям Беларуси 1992г. предусмотрено возмещение убытков, связанных с недопоставкой и недоотбором природного газа, Я также обязанности виновной Стороны восполнять другой Стороне причиненные ей убытки'.

: Однако регулирование с использованием одноименных конструкций применительно к международным договорам все же исключает по общему Правилу возможность даже субсидиарного применения норм гражданского

права.

В течение длительного времени существовало единодушие по вопросу об отнесении договоров, имеющих предметом трудовые отношения, к предмету регулирования трудового права. Однако в последние годы высказываются определенные сомнения по этому поводу в связи с использованием модели, именуемой «трудовым контрактом».

Естественно, что сразу же с появлением этой модели возник вопрос об отраслевой принадлежности «трудового контракта». Ответ на него имеет весьма важное практическое значение, поскольку предопределяет необхо^ димость распространения на отношения сторон помимо специальных, посвященных ему норм, также общих норм, входящих в состав гражданского или, напротив, трудового права.

Указ Президента РФ от 10 июня 1994 г. «О некоторых мерах по обеспечению государственного управления экономикой»2 рассматривает отношения Правительства Российской Федерации или уполномоченных им федеральных органов исполнительной власти с руководителями федеральных государственных предприятий как контракты, заключаемые в соответствии с гражданским законодательством. В этой связи в науке трудового права весьма развиты взгляды сторонников признания указанных договоров гражданскими3. Имеется в виду, в частности. Примерный договор на представление интересов государства в органах управления акционерных обществ

' См.: Комментарий к Федеральному закону «О международных договорах Российской Федерации» / Отв. ред. В.П. Звеков и Б.И. Осминин. М.: Спарк, 1996. С. 96.

2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. Х2 7. Ст. 700.

3 См.: Желтое О.Б. Развитие законодательства о трудовых договорах (контрактах) // Вестник Московского университета. 1995. №2; Пашков А. С. Договоры о труде в новой многоукладной экономике // Советское государство и право. 1993. № б и др. Т.В. Кашанина (Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. М., 1995. С. 310-311) противопоставляет контракт трудовому договору, подчеркивая, что «контракт – это коммерческий договор по поводу купли-продажи рабочей силы и ее использования».

(хозяйственных товариществ), часть акций (доли, вклады) которых закреплена в федеральной собственности'. Стороны в этом договоре именуются соответственно «поверенный и доверитель», а в качестве модели при определении прав и обязанностей контрагентов выступает договор поручения.

Гражданский кодекс высказал свою позицию в вопросе о «трудовом контракте» по крайней мере дважды. Так, п. 2 ст. 139 ГК, имея в виду круг лиц, на которых распространяются правила о соблюдении служебной или коммерческой тайны, предусматривает последствия для тех, кто разгласил тайну «вопреки трудовому договору, в том числе контракту». Точно так же ст. 1068 ГК, посвященная ответственности юридического лица за вред, причиненный его работником, подчеркивает действие соответствующей нормы по отношению к гражданам, выполняющим работу «на основании трудового договора (контракта)».

Таким образом, есть все основания полагать, что с точки зрения ГК трудовые контракты ~ это разновидность трудового договора. Следовательно, на них должен распространяться комплекс норм о трудовом договоре, которые входят составной частью в одноименную отрасль права.

Такую позицию занимают, в частности, А.Ф. Нуртдинова и Л.А. Чика-нова, которые полагают, что

«отношения работодателя и работника, в том числе и руководителя предприятия, не отвечают тем признакам, которые присущи гражданско-правовым отношениям. Руководитель предприятия, как и всякий другой работник, обязуется осуществлять работу по определенной должности, то есть выполнять определенную трудовую функцию, а не передавать работодателю конечный результат своего труда. Он связан рамками правил внутреннего трудового распорядка и в силу своего правового положения должен подчиняться воле работодателя (собственника имущества предприятия), что исключает автономию воли, характерную для гражданско-правовых отношений. Будучи связанным в силу служебного положения с предпринимательской деятельностью, руководитель предприятия не осуществляет ее на свой риск и не обладает имущественной самостоятельностью, что необходимо для того, чтобы возникшие отношения можно было рассматривать как гражданско-правовые»2.

Утвержден Постановлением Правительства Российской Федерации от 21 мая 1996г. (См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. №22 Ст.2698).

Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Соотношение трудового и нового гражданского законодательства. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. Новый Гражданский кодекс Российской

На наш взгляд, приведенные нормы ГК позволяют дать ответ на вопрос о соотношении понятий «трудовой контракт» и «трудовой договор», но оставляют открытым более широкий – о соотношении гражданского и трудового договоров. Обычно самостоятельность трудового договора связывают с двумя основными его признаками: во-первых, с подчинением работников трудовому режиму и, во-вторых, с отсутствием ответственности работника за результат работы. Последнее имеет значение для противопоставления трудового договора гражданско-правовому договору подряда.

Общую линию ГК в вопросе о соотношении гражданского и трудового права нельзя считать достаточно определенной. Для ее уяснения целесообразно сравнить эту линию с той, которая была проведена ГК 64 и Основами гражданского законодательства 1991 г.

Так, ГК 64 (ст. 2) рассматривал трудовые отношения как такие, которые регулируются трудовым правом. Основы гражданского законодательства 1991 г. исходили из самостоятельности трудового и семейного права и вместе с тем закрепили определенную их связь с правом гражданским. Имеется в виду, что было признано возможным использовать гражданское законодательство для восполнения пробелов в праве трудовом.

В п. 3 ст. 2 ГК теперь подчеркивается – на что уже обращалось внимание – недопустимость применения гражданского права к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой. Поскольку указанная норма носит исключительный характер и других норм применительно к остальным традиционным отраслям в ГК нет, можно предположить, что этот Кодекс распространяется и на договоры, традиционно относимые к некоторым другим отраслям, если соответствующие правоотношения есть основания рассматривать как построенные на началах равенства. По поводу справедливо отмеченных процитированными выше авторами двух признаков, действительно присущих трудовому договору, можно указать на то, что необходимость подчиняться воле другой стороны вполне укладывается в рамки любого гражданско-правового обязательства вообще, гражданско-правового договора в частности. Имеется в виду, что должник в рамках, определенных договором, подчиняется воле кредитора. Несомненно, что в трудовом договоре это подчинение носит более широкий характер. Однако в этой связи заслуживает внимания позиция одной из наиболее интересных работ в дореволюционный период, посвященных

трудовому договору. Имеется в виду книга Л.С. Таля, который применительно к трудовому договору прямо называл правомочия работодателя «властью», но это не помешало ему без

Федерации и отраслевое законодательство. М., 1995. См. также: Коршунова Т.Ю. Новое в законодательстве о труде. М., 1993. С. 6-9.

каких-либо колебаний последовательно проводить идею гражданско-правовой природы трудового договора. Не случайно книга автора «Трудовой договор» носит подзаголовок «Цивилистическое исследование».

Не мог бы служить препятствием отнесению трудового договора к числу гражданских договоров и второй признак, относящийся к риску недостижения результата, который не может возлагаться, – и это бесспорно на работника.

В Гражданских кодексах 1922 и 1964гг. распределение риска было прямо предусмотрено в самом определении договора подряда. Соответственно подрядом признавался договор, по которому работы выполнялись подрядчиком «за своим риском». Фактически та же идея нашла отражение в ст. 702 нового Кодекса. Обязанность подрядчика «выполнить определенную работу и сдать ее результат» означает, что риск. связанный с недостижением результата, лежит на подрядчике. Здесь, как и ранее, действует принцип: «нет результата, нет и оплаты».

Однако, если согласиться с включением трудовых договоров в число гражданских, нет никакой необходимости в том, чтобы превратить его непременно в разновидность договора подряда. Имеется в виду существование теперь наряду с подрядом такого же самостоятельного договора – воз-мездного оказания услуг.

Разграничение договоров подряда и возмездного оказания услуг берет начало в римском праве. Имеется в виду признание в качестве самостоятельной разновидности найма, в частности locatio-conductio operis (найма работ, ставшего подрядом) и locatio-conductio operamm (найма услуг). Среди ряда особенностей первого договора можно указать на то, что цель, на которую он направлен, составляет экономический результат (opus). Этого признака был лишен договор услуг. Таким образом, речь шла, с одной стороны, о договоре «найма», предметом которого являлись труд и его результат, а с другой – о договоре на оказание услуг, имевшем своим предметом труд как таковой, лишенный отделенного от него результата. Не случайно именно из договора услуг выделился личный наем, ставший предшественником того, что в нашем современном праве рассматривается в качестве особого трудового договора1.

См. об этом: Дернбург Г. Пандекты. Обязательственное право. С. 373. Примером может служить ст. 421 проекта русского Гражданского Уложения (гл. IX «Личный наем»). В этой статье было предусмотрено: «по договору личного найма нанявшийся обязуется за вознаграждение (рядную плату, жалованье) предоставить свой труд в пользу нанимателя». В силу следующей статьи (ст. 422) «предметом личного найма может быть не только физический труд, но и иного рода деятельность, требующая от нанявшего особых знаний или искусства». О найме слуг и рабочих см. гл. III,

На наш взгляд, воссоединение в будущем трудового договора с гражданским, как и в целом трудового права с гражданским правом, стало бы одним из важных шагов на пути формирования подлинно частного права. Не затрагивая существующего набора норм трудового права, оно позволило бы, среди прочего, добавить к гарантиям, созданным в трудовом праве, некоторые из тех, которые существуют в праве гражданском. В подтверждение можно сослаться лишь на один пример:

приравнивание задолженности по заработной плате к обычному гражданско-правовому долгу открыло бы возможность использовать нормы ГК о возмещении убытков, а также зафиксированное в ГК специальное положение об ответственности по денежным обязательствам, к получившим широкое распространение случаям невыплат заработной платы. Во всяком случае трудно объяснить, почему кредитор по обязательству, вытекающему из трудового договора, должен быть поставлен в худшее положение по сравнению с обычным гражданско-правовым кредитором.

титул VIII Французского Гражданского кодекса. «Трудовой договор» составляет содержание шестой главы седьмого раздела второй книги Германского гражданского уложения.

ГЛАВА II. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРОВ

1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Правовое регулирование договоров выражается в установлении порядка их заключения и исполнения сторонами принятых на себя обязательств, а также ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение

таких обязательств.

Договорное право, если воспользоваться терминологией права уголовного, может быть названо институтом особенной части рассматриваемой отрасли. Соответственно вопросы, связанные с динамикой договорного правоотношения, регулируются, помимо подраздела 2 раздела III («Общие положения о договоре») и глав раздела IV ГК («Отдельные виды обязательств»), также и нормами, которые входят в состав общей части Гражданского кодекса в целом, а равно общей части обязательственного права. Имеются в виду статьи раздела I («Общие положения») и подраздела I раздела III («Общие положения об обязательствах»).

Указанными нормами Кодекса правовое регулирование договоров не исчерпывается. По сути дела, в любом другом разделе ГК, включая «Общие положения». «Право собственности и другие вещные права», и, как можно ожидать, во всех трех разделах будущей третьей части ГК – «Исключительные права» (интеллектуальная собственность), «Наследственное право» и «Международное частное право» – окажутся среди других нормы, которые относятся к договорам. Достаточно указать на то, что договор является особым предметом регулирования при одной из наиболее распространенных моделей гражданско-правовой нормы – той, которая включает формулу: «Если иное не предусмотрено договором». Наконец, в то, что можно назвать договорным правом, входит и широкий набор различного рода актов за пределами Гражданского кодекса. В алфавитно-предметном указателе книги «Гражданское законодательство России»' содержится перечень законов, к которым напрямую адресует Кодекс (имеются в виду его первая и вторая части). Из 30 названных законов (иногда речь идет о конкретном законе, а в других случаях о законах, посвященных определенному вопро-

' Международный центр финансово-экономического развития. М., 1996. Составитель указателя О.Ю. Шилохвост.

су') в главах, посвященных договорам, их предусмотрено одиннадцать. Однако и в остальные

девятнадцать, упоминание о которых содержится за пределами глав о договорах, уже включены (имеется в виду принятые акты) или будут включены отдельные нормы, регулирующие договорные отношения. Разумеется, ГК и названные в нем законы призваны составить только костяк гражданского права в целом, договорного в частности.

Определение того, что представляет собой право, регулирующее договоры, предполагает выделение из его состава общих положений. В последнем случае следует опираться, очевидно, на статьи гл. 1 ГК («Гражданское законодательство»), которые нередко по-особому действуют применительно к договорам. Речь идет преимущественно о нормах, посвященных основным началам гражданского законодательства (ст. 1), определению отношений, регулируемых гражданским законодательством (ст. 2), составу источников гражданского права (ст. 3), действию гражданского законодательства во времени и по лицам (ст. 2 и 4), применению гражданского законодательства по аналогии (ст. 6), соотношению гражданского законодательства с нормами международного права (ст. 7).

ГК выделяет в отдельных своих статьях значение для правового регулирования гражданских и тем самым договорных отношений обычаев делового оборота.

Поскольку договорное право составляет часть гражданского права, а договорное законодательство – часть законодательства гражданского, это последнее понятие нуждается в связи с принятием ГК в определенном уточнении.

ГК 64, а равно Основы гражданского законодательства 1991 г., довольно широко употреблявшие термин «гражданское законодательство» в посвященных разъяснению его смысла статьях (имеется в виду ст. 3 ГК 64 и ст. 2 Основ 1991г.), характеризовали соответствующее понятие с точки зрения его предмета – круга регулируемых отношений. Вместе с тем сами эти статьи, как и иные статьи Кодекса, а также многочисленные другие акты, давали основания для широкого представления о составе «гражданского законодательства». Соответственно последний по времени Комментарий к ГК 64 содержал указание на то, что законодательством именуют как законы, так и иные нормативные акты ~ указы Президиумов Верховных Советов СССР и РСФСР, постановления Совета Министров СССР и РСФСР,

' Так, например, ст. 768 ГК содержит отсылку к Закону «О подрядах для государственных нужд», а п. 3 ст. 492 ГК имеет в виду законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ними.

подзаконные акты министерств и иных ведомств, изданные в пределах их

компетенции, и т.д.'

Таким образом, единственным обязательным признаком принятых на

разном уровне актов, который был необходим для их включения в состав «законодательства», признавался нормативный характер. Последний признак имел значение лишь для отграничения гражданско-правовых нормативных актов от административных ненормативных актов. Тем самым гражданские законы растворялись в других гражданских нормативных актах. Свою особую значимость они нередко утрачивали, поскольку открывалась возможность ссылки в том или ином законе на необходимость «регулирования соответствующих отношений законодательством» толковать таким образом, что регулирование соответствующего вопроса допускается на любом уровне: от акта, принимаемого высшим органом государственной власти, и до акта местной власти,

В этой связи в 80-х гг. в нормотворческой практике проявлялась, хотя и недостаточно устойчиво, тенденция к разграничению понятий «законодательный акт» и «акт законодательства». И, несмотря на то что по этому вопросу не было прямых указаний ни в Конституции РФ, ни в ином источнике, молчаливо признавалось: если закон предусмотрел принятие «законодательного акта», это означало решение соответствующего вопроса непременно в законе или приравненном к нему акте. В то же время под «актами законодательства» подразумевались подзаконные акты – от указов Президента РФ и до актов местных органов власти. Законодательные акты вместе с актами законодательства в сумме составляли законодательство как таковое2. И все же полной ясности в вопросах о пределе нормотворческой компетенции вообще и в сфере гражданского права в частности практически не существовало3.

' Комментарий к Гражданскому .кодексу / Под ред. С.Н. Братуся и О.Н. Садикова. М,:Юрид.лит, 1982. С. 15.

2 См.; Гражданское право / Под. ред. Е.А. Суханова. Т, !. М.: БЕК, 1993. С. 29. Примерно о таком же составе «законодательства» шла речь в учебнике «Советское гражданское право» (Ч, 1. Л., 1982. С. 84).

Однако существует одновременно и иная точка зрения, в силу которой указы Президента Российской Федерации также должны быть отнесены к законодательным актам (см.; Пиголкин А.С„ Студеникина М.С. Российское законодательство:

проблемы и перспективы. М.: БЕК, 1995. С. 3).

Примером такой неопределенности могла служить ст. 367 ГК 64, которая предусматривала, что правила об отдельных видах договора подряда между организация-м», а также правила о договорах подряда по обслуживанию бытовых потребностей Фаждан устанавливаются законодательством Союза ССР и РСФСР. Указанная редакция не препятствовала принятию соответствующих актов на уровне Совета Ми-

, -• ГК, посвятил понятию «гражданское законодательство» специальную статью 3. В частности, ее пункт 3 предусматривает, что «гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов». Если сопоставить приведенную норму со ст. 71 и 72 Конституции РФ, которые, определяя компетенцию Российской Федерации, употребляют термин «гражданское законодательство» (или соответственно «жилищное законодательство»), то как будто бы можно сделать вывод, что эти статьи имели в виду компетенцию РФ только в отношении принятия законов, оставляя открытым вопрос об актах более низкого уровня.

Однако и в этом случае оказывается, что один и тот же термин употреблен в неодинаковом смысле. По этой причине, в частности, в сам акт включается указание на то, что представляет собой соответствующее понятие применительно к данному акту. Известно, что этот прием, распространенный в международных документах и в национальном законодательстве многих государств, последнее время стал широко применяться и в нашей правотворческой практике. Ее появление тем самым подтверждает принципиальную допустимость использования одного и того же термина по-разному в разных актах. ,

Конституция РФ не содержит разъяснения понятия «законодательство». Однако сопоставление ст. 71 и 72, с одной стороны, и ст. 105 Конституции РФ, которая посвящена принятию законов, – с другой, дает основание сделать вывод, что Конституция РФ в отличие от ст. 3 ГК различает термины

«законодательство» и «закон». По этой причине можно, очевидно, говорить о широком понимании термина «законодательство» и узком: в узком – это только законы (понимание ГК), а в широком – законы и другие нормативные акты (понимание Конституции РФ).

Обращает на себя внимание то, что ГК использует термин «законодательство» главным образом в главе 1 (одно из немногих исключений -ст. 672 ГК). В остальных случаях вид актов в той или иной степени конкретизируется. Так, при регулировании договоров соответствующие статьи ГК обычно содержат отсылки либо только к закону (вариант: к ГК и другим законам), либо к закону и иным правовым актам, под которыми подразумеваются, помимо законов, указы Президента РФ и постановления Правительства РФ. Иногда используется применительно к конкретным случаям содержащийся в самой ст. 3 ГК термин «нормативные акты», который в принципе охватывает акты, принятые любыми органами РФ, а в преду-

нистров, министерств и ведомств, а равно местных органов государственной власти (см.: Брагинский М.И. Совершенствование законодательства о капитальном строительстве. М.: Стройиздат, 1982. С. 13 и ел.).

смотренных Кодексов случаях также субъектами Федерации и муниципальными образованиями и их органами. Примером может служить п. 3 ст 125 ГК, в котором отсутствует упоминание только об актах министерств и иных федеральных органов, а также органов субъектов Федерации и муниципальных образований.

2. ВЕРТИКАЛЬНАЯ ИЕРАРХИЯ НОРМ О ДОГОВОРАХ

Вертикальная иерархия имеет двоякое значение. Она призвана дать ответы на вопросы о том, на каком именно уровне – федеральном, субъекта Федерации или муниципальном – должен быть принят соответствующий акт и к какому именно виду этот акт относится. Первый из этих вопросов освещается в п. 4 настоящей главы.

Статья 3 ГК не только перечисляет различные виды федеральных актов, которые могут содержать нормы, регулирующие гражданские отношения, но и предусматривает право на издание и пределы действия каждого из входящих в указанный перечень актов, тем самым предопределяя то, что можно именовать вертикальной иерархией источников права.

Вслед за п. 2 ст. 76 Конституции РФ ГК (п. 2 ст. 3) закрепляет безусловное верховенство федеральных законов. Это особенно четко проявляется применительно к определению предмета гражданского права- Им признаются отношения, регулируемые гражданским законодательством, т.е., как уже отмечалось, речь идет именно о ГК и иных федеральных законах. Особое положение федеральных законов состоит в том, что они могут быть изданы по любому вопросу, если иное не предусмотрено Конституцией Российской Федерации или федеральными конституционными законами;

Федеральные законы вместе с тем обладают по отношению к остальным актам, перечисленным в ст. 3 ГК, абсолютным приоритетом. Исключение составляет Конституция РФ, которая в силу ее п. 1 ст. 15 имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. При этом законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции РФ. К этому следует добавить, что в соответствии с п. 3 ст. 76 Конституции РФ федеральные законы не могут противоречить федеральным конституционным законам.

Надзор за соблюдением соответствия правовых актов Конституции РФ осуществляет Конституционный Суд РФ (ст. 125 Конституции РФ, а также гл. IX Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»').

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 1447.

Статья 3 ГК ограничивается в отношении указов Президента Российской Федерации установлением того, что они не должны противоречить Кодексу и иным законам. Конституция РФ лишь самым общим образом определяет направления деятельности Президента Российской Федерации (ст. 83-89). В п. 3 ст. 90 Конституции РФ, посвященном принимаемым Президентом РФ актам, предусмотрено, что его указы обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации и не должны противоречить Конституции РФ, а также федеральным законам. Отсутствие в Конституции РФ перечня вопросов, подлежащих регулированию только законом, позволяет толковать правотворческую деятельность Президента РФ достаточно широко. При отсутствии законодательного регулирования по тому или иному вопросу, а также прямого указания на возможность его урегулирования только законом Президент, не выходя за рамки ст. 80-90 Конституции РФ, может опережающе издать нормативный указ по соответствующему вопросу. Однако издание такого указа не является препятствием для принятия закона по тому же вопросу. При этом содержание закона не может быть ограничено содержанием соответствующего акта Президента'.

Применительно к регулированию договорных отношений можно указать на довольно большое число норм ГК, содержащих отсылку исключительно к законам. Так, например, в силу п. 2 ст. 332 ГК только законом может быть осуществлено установление «законной неустойки» с запретом не только ее уменьшения, но и увеличения контрагентами, только законом может быть определен перечень имущества граждан, которое нельзя вообще сдавать в залог или сдача которого в залог ограничена (п. 2 ст. 336 ГК). Если заключен договор найма жилого помещения в домах государственного и муниципального жилищного фонда, то в случаях, когда этот наем имеет социальный характер, парализовать (исключить) действие Гражданского кодекса могут только акты, составляющие жилищное законодательство (п. 3 ст. 672 ГК). Пункт 2 ст. 525 ГК содержит отсылки к законам о поставке товаров для государственных нужд, а сходные отношения в области строительства должны регулироваться законом о подрядах для государственных нужд (ст. 768 ГК).

Постановления Правительства Российской Федерации, содержащие нормы гражданского права, в силу той же ст. 3 (п. 4) ГК могут быть изданы «на основании и во исполнение настоящего Кодекса и иных законов, указов Президента Российской Федерации». Приведенная норма соответствует ст. 115 Конституции Российской Федерации. Эта последняя предусматривает, что Правительство Российской Федерации издает обязательные к исполнению постановления на основании и во исполнение Конституции Рос-

' См,: Комментарий к Конституции Российской Федерации / Отв. ред. Л. А. Окуньков. М.; БЕК, 1995. С. 398 (автор – Постовой Н.В.)

сийской Федерации, федеральных законов, нормативных указов Президента

российской Федерации.

Необходимость издания соответствующего акта на правительственном

уровне предусмотрена в ряде законов. Так, например, Закон от 17 мая 1996 г. «О государственном

регулировании в области добычи и использования угля, об особенности социальной защиты организаций угольной промышленности» предусмотрел, что «типовые условия долгосрочных договоров поставок угля и (или) продукции его переработки определяются Правительством Российской Федерации»'.

Вместе с тем акты Правительства, регулирующие договорные отношения, могут применяться во всех случаях, когда в соответствующей норме ГК содержится прямое указание на возможность издания по данному вопросу «закона или иного правового акта». Применительно к «публичным договорам» Правительство Российской Федерации может в случаях, предусмотренных в законе, издавать правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении таких договоров (п. 4 ст. 426 ГК). При этом Закон РФ «О защите прав потребителей»2 дополнил свое указание на то, что отношения в области защиты прав потребителей регулируются настоящим законом и принимаемыми в соответствии с ним иными федеральными законами и правовыми актами, специальной оговоркой. Она состоит в том, что Правительство РФ не вправе поручать федеральным органам исполнительной власти принимать акты, содержащие нормы о защите прав потребителей.

Указы Президента РФ и постановления Правительства РФ отличаются по юридической силе от закона, в частности, тем, что в случае противоречия вышестоящему акту (Кодексу или иному закону) суд, установивший указанное противоречие, не только может, но и обязан применить взамен указа или постановления Правительства соответственно Кодекс или соответствующий закон.

По этой причине одно из приложений к постановлению Правительства РФ от 24 декабря 1994 г. «О лицензировании отдельных видов деятельности»3 (Приложение 1 «Перечень видов деятельности, на осуществление которых требуется лицензия, и органов, уполномоченных на ведение лицензионной деятельности») в соответствии с Законом о порядке введения первой части Гражданского кодекса РФ не может применяться. Дело в том, что перечень видов деятельности, которыми юридические лица и граждане -предприниматели могут заниматься и соответственно заключать договоры

Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 26. Ст. 3033. 'Тамже. 1996,№3.Ст. 140. -"• 'См. там же. 1995. № 1.Ст.91,

только на основе специального разрешения (лицензии), как предусмотрено в п. 1 ст. 49 ГК, определяется непременно законом-

В данном случае имело значение то, что в отличие от всей первой части нового Кодекса, вступившей в силу с 1 января 1995 г., его четвертая глава, в которой помещена ст. 49, в соответствии с Федеральным законом от 30 ноября 1994 г. «О введении в действие части первой Гражданского кодекса российской Федерации»' начала действовать раньше, а именно с 8 декабря] 994 г. Следовательно, с указанного момента утверждать перечень подлежащих лицензированию видов деятельности и тем самым определять возу ж.чость заключения соответствующими лицами, связанных с соответствующей деятельностью договоров Правительство уже не могло. По этой причине в случае, когда, например, в деле о признании договора недействительным возникает вопрос о том, подлежала ли соответствующая деятельность лицензированию либо нет, следует принимать во внимание ст. 4 Вводного закона, по которой изданные до введения в действие части первой Кодекса нормативные акты Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и применяемые на территории Российской Федерации постановления Правительства СССР по вопросам, которые, согласно части первой Кодекса, могут регулироваться только федеральными законами, имеют силу лишь до введения в действие соответствующих законов. Следовательно,

подлежащими лицензированию могут считаться только те виды деятельности, которые установлены органом, обладавшим необходимой компетенцией в силу ранее действовавшего законодательства, а если речь идет об акте, принимаемом после 8 декабря 1994 г., – только законом РФ. Соответствующее положение имеет значение для определения действительности договоров, для заключения которых необходимо иметь лицензию.

Отмеченное обстоятельство, к сожалению, не было учтено Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в одном из рассмотренных им дел. В нем возникли вопросы о необходимости лицензирования соответствующей деятельности (по публичному показу кинофильмов). В качестве основания для положительного вывода об обязательном лицензировании деятельности, явившейся предметом соответствующего договора, было указано постановление Правительства РФ от 24 декабря 1994 г. При этом Президиум указанного суда особо отметил, что в силу Вводного закона постановления. принятые до вступления в силу ГК, в частности на уровне Правительства РФ, продолжают действовать после 1 января 1995 г. При этом не было принято во внимание, что гл. 4 ГК, допускающая возможность введения обяза-

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994, № 32. Ст. 3302.

тельности лицензирования только законом, к моменту издания соответствующего акта Правительства РФ уже действовала'.

Как уже отмечалось, к числу нормативных ГК отнес помимо актов правовых (законов, указов Президента РФ и постановлений Правительства рф) также акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти (в общепринятой ранее терминологии – «ведомственные акты»), В п. 7 ст. 3 ГК предусмотрено, что органы исполнительной власти могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и в пределах предусмотренных Кодексом, другими законами и иными правовыми актами, т. е. как указами Президента РФ, так и постановлениями Правительства РФ. Следовательно, издание любого ведомственного акта должно быть основано на указании, содержащемся в акте правовом. Так, один из важнейших для банковского законодательства актов – Положение о безналичных расчетах в Российской Федерации от 9 июля 1992 года2 – был издан Центральным банком РФ по поручению, содержавшемуся в Постановлении Президиума Верховного Совета Российской Федерации и Правительства Российской Федерации от 25 мая 1992г.3 В качестве примера можно сослаться и на ст. 9 Закона «О валютном регулировании и валютном контроле»4, В этой статье предусмотрено право Центрального банка РФ издавать «нормативные акты, обязательные к исполнению в Российской Федерации резидентами и нерезидентами».

Или другие примеры. Так, в силу ст. 6 Закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»5 этому Банку предоставлено право но вопросам, отнесенным к его компетенции, издавать нормативные акты, обязательные для федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, всех юридических и физических лиц. В силу постановления Правительства РФ «О делегировании полномочий Правительства РФ по управлению и распоряжению объектами федеральной собственности» распоряжением Госкомимущества РФ от 21 апреля 1994 г. было утверждено Временное положение о согласовании залоговых сделок»6.

Издание ведомственных актов может быть предусмотрено и подзаконными правовыми актами. Так, например. Правила иредоставления услуг

' См,: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 2. С. 92. 2 См. там же. 1993. №4. """"•

См.: Ведомости Российской Федерации. 1992. № 23. Ст. 1252. 4 См. там же. 1992. № 45, Ст. 2544.

См.: Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств Российской Федерации. 1994. № 12. С. 41 и ел. <. :

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 18. Ст. 1593.

телеграфной связи, утвержденные постановлением Правительства РФ от 23 апреля 1994 г.', устанавливают, что инструкции, указания и другие нормативные акты, регулирующие процессы предоставления услуг телеграфной связи и не затрагивающие права потребителей, издаются Министерством связи Российской Федерации в установленном им порядке и являются обязательными для всех хозяйствующих субъектов.

ГК содержит несколько отсылок к различного рода правилам без конкретизации того, кто именно должен их утверждать, ограничившись указанием на необходимость соответствия закону, прямо названному в определенной статье Кодекса. Так, в силу п. 2 ст. 784 ГК условия перевозки грузов, пассажиров и багажа определяются транспортными уставами и кодексами, иными законами и издаваемыми в соответствии с ними правилами. В п. 1 ст. 263 ГК предусмотрена необходимость при застройке земельных участков (имеются в виду, естественно, заключаемые в таких случаях договоры) соблюдать градостроительные и строительные нормы и правила, в п. 1 ст. 754 ГК содержится отсылка – к обязательным для сторон строительным нормам и правилам, в п. 2 ст. 835, п. 1 ст. 836 и в ряде других статей Кодекса – к банковским правилам. Такого рода отсылки обычно имеют в виду акты, которые принимаются министерствами и иными федеральными органами исполнительной власти. Примером могут служить все те же строительные нормы и правила (СНиПы), с учетом которых заключаются договоры строительного подряда. Основополагающим для них является СНиП 10-01-94 «Система нормативных документов в строительстве. Основные положения», утвержденный Постановлением Госстроя РФ от 17 мая 1994 г.2 В этом СНиПе, в частности, определен состав соответствующих нормативных документов. В их число входят на уровне Федерации, помимо СНиПов, также государственные стандарты РФ в области строительства, своды правил по проектированию и обустройству, а также руководящие документы системы. Первые из них охватывают обязательные требования, включающие цели, которые должны быть достигнуты, и принципы, которыми следует руководствоваться при создании строительной продукции;

вторые – обязательные и рекомендуемые положения, определяющие конкретные параметры и характеристики отдельных частей зданий и сооружений, строительных изделий и материалов (конкретная цель – обеспечение единства при разработке, производстве и эксплуатации соответствующей продукции); третьи включают рекомендованные, а четвертые – как обязательные, так и рекомендованные нормативные документы по соответствующему кругу вопросов.

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 2. Ст. 96. 2 Отдельное издание. МинстроЙ Российской Федерации. М., 1994.

Нормативные акты федеральных органов исполнительной власти, которые затрагивают права, свободы и обязанности человека и гражданина, устанавливают правовой статус организаций или имеют межведомственный характер, подлежат государственной регистрации в Министерстве юстиции рф. Кроме того, они должны быть в обязательном порядке (кроме актов, которые содержат

сведения, составляющие государственную тайну или носящие конфиденциальный характер) официально опубликованы.

При нарушении хотя бы одного из этих двух требований (государственной регистрации и официального опубликования) акт не признается вступившим в силу, а это, в свою очередь означает, что такой акт не может служить источником для регулирования соответствующих правоотношений, в том числе договорных, применения санкций к гражданам, должностным лицам и организациям за невыполнение содержащихся в нем предписаний. На указанный акт нельзя ссылаться при разрешении споров'. Из этого следует, что и договорное условие, содержащее отсылку к такого рода акту, признается недействительным. Однако в случае, когда определенная норма соответствующего акта воспроизведена в договорах со ссылкой или без ссылки на него, такое условие сохраняет силу и может быть признано действительным, если оно не противоречило действовавшим при заключении договора и обязательным для сторон правовым актам.

По состоянию на 22 февраля 1996 г. всего Министерством юстиции РФ было зарегистрировано 1036 ведомственных нормативных актов. Среди них немало актов, которые имеют прямое отношение к договорам. Примером могут служить Правила перевозки опасных грузов автомобильным транспортом, утвержденные приказом Министерства транспорта РФ от 8 августа 1995г., Правила регистрации договоров об уступке товарного знака и лицензионных договоров и о предоставлении права на создание товарных знаков, утвержденные 13 октября 1995 г. Комитетом российской Федерации по патентам и товарным знакам. Правила пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в Российской Федерации, утвержденные приказом Министерства строительства РФ от 11 августа 1995 г, и др.2

См.: Указ Президента Российской Федерации от 23 мая 1996 г. «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти» (Собрание законодательства Российской Федерации. у96. № 22. Ст. 2663).

См.: Перечень нормативных актов министерств и ведомств, зарегистрированных в Министерстве юстиции российской Федерации / Составители Т.Н. Хомчик и -^В. Соловьева. М.: Спарк, 1996.

ГК весьма четко определяет как саму вертикальную иерархию нормативных актов, так и гарантии ее осуществления. Прежде всего имеется в виду п. 5 ст. 3 Кодекса, установивший; «В случае противоречия указа Президента Российской Федерации или постановления Правительства Российской Федерации настоящему Кодексу или иному закону применяется настоящий Кодекс или соответствующий закон». Гарантии, о которых идет речь, закреплены в ст. 12 ГК. Речь идет о том, что одним из способов защиты гражданских прав признается неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону. Следует учесть также ст. 13 ГК, которая допускает в случаях, предусмотренных законом, признание судом недействительными наряду с ненормативными также нормативных актов, не соответствующих закону или иным правовым актам и нарушающих гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица. Общее указание на этот счет содержится в п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июня 1996 г- № 6/8. Имеется в виду, что основанием для принятия решения суда о признании недействительным ненормативного, а в случаях, указанных в законе, и нормативного акта служат в равной мере как его несоответствие закону или иному правовому акту, так и нарушение его изданием гражданских прав и охраняемых

законом интересов гражданина и юридического лица, которые обратились в суд. При этом в указанном постановлении особо предусмотрена возможность заявлять свои требования наряду с российскими также для иностранных граждан и юридических лиц (если иное не предусмотрено законом)'.

В качестве примера можно указать на признание Верховным Судом РФ недействительным Правил регистрации автомототранс портных средств и прицепов к ним в Государственной автоинспекции, утвержденных приказом МВД РФ от 26 декабря 1994 г. Основанием для этого послужило ужесточение режима регистрации договоров купли-продажи автотранспортных средств, которое, что важно подчеркнуть, «неправомерно ограничивает права граждан». При этом Верховный Суд РФ счел необходимым особо указать на противоречие Правил ст. 161 и 218 ГК2.

См. пп. 6-7 указанного Постановления (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. Ст. 6-7)

См.: Судебная практика по гражданским делам (1993-1996 г.) / Под ред ВМ Жуйко. М.: Городец, 1997. С. 54-56.

3. МЕЖДУНАРОДНЫЕ АКТЫ И ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРОВ

ГК впервые выделил вопрос о соотношении международного и внут-оеннего правового регулирования применительно к гражданскому праву. Россия является активным участником международного экономического сотрудничества. Это означает, что все более расширяются отношения с участием иностранных предпринимателей. В силу отмеченных обстоятельств российское гражданское законодательство включает немало норм, относящихся к такого рода вопросам, возникающим при заключении и исполнении гражданских договоров. Указанные нормы определяют гражданско-правовой статус иностранных физических и юридических лиц, права иностранцев на оказавшееся на территории РФ имущество, порядок совершения и содержания внешнеэкономических сделок (контрактов). Складывающиеся при этом отношения регулируются как общими нормами гражданского законодательства, так и нормами специального законодательства, рассчитанными на отношения, «осложненные участием иностранного элемента»'. Наряду с ними источником регулирования договорных отношений могут быть и международные акты.

Среди международных актов особое место занимают многосторонние договоры (конвенции), имеющие прямое отношение к регулированию гражданских договорных отношений. Следует прежде всего указать на Конвенцию ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» (Венскую конвенцию). Указанная Конвенция состоит из 101 статьи. Она охватывает порядок заключения соответствующих договоров, права и обязанности контрагентов, средства правовой защиты, применяемые при нарушении сторонами своих обязанностей, определяет момент перехода риска случайной гибели передаваемых по договору товаров и др.2

Россия участвует и в иных аналогичных многосторонних соглашениях, включая, в частности, такие имеющие непосредственное отношение к договорам, как Женевская конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (имеются в виду автомобильные перевозки), Варшавская конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международной воздушной перевозки, Афинская конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа, конвенции из области патентного

права (Парижская конвенция по охране промышленной собственности), Женевские вексельные конвен-

См., в частности: Богуславский М.М. Международное частное право. М,: Международные отношения, 1994. С. 49 и ел.

Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Коммен-^рий / Отв. ред. А.С. Комаров. М.: Юрид. лит., 1994.

ции'. 28 мая 1988 г. в Оттаве была подписана конвенция УНИДРУА по международной аренде оборудования2 и многие другие.

Конституция РФ (п. 4 ст. 15) объявила общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации составной частью ее правовой системы. В Конституции РФ закреплен безусловный приоритет правил международных договоров по отношению к правилам, включенным в национальные законы: если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Поставив соответствующие нормы впереди национальных законов, Конституция РФ предопределила их приоритет по отношению и ко всем другим, помимо законов, правовым нормам. Закон «О международных договорах РФ» в развитие приведенных правил Конституции РФ указал на то, что положения официально опубликованных международных договоров РФ, не требующие издания внутригосударственных актов для их применения, действуют в РФ непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров РФ принимаются соответствующие внутригосударственные акты (ст. 7)3.

Приведенные правила Конституции РФ воспроизведены в ст. 7 ГК с одновременным указанием на то, что непосредственное применение международных договоров к гражданским (тем самым и договорным) отношениям возможно во всех случаях, кроме тех, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. Используемый в данном случае термин «следует» имеет весьма широкое значение. Он включает в себя прежде всего случаи, когда в международном акте прямо указано на обязательство подписавших его государств ввести акт в действие4, В других случаях сторонам предоставляется

' См.: Международное частное право: Сб. нормативных актов / Сост. Н.Ю. Ерпыле-ва. М., 1994; Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи: Современная практика заключения. Разрешение споров. 2-е изд. М.; Международной центр финансово-экономического развития, 1996. С. 185-631; Права на результаты интеллектуальной собственности / Сост. В.А. Дозорцев. М.: Де-юре, 1994. С, 449.

2 Аренда жилых и нежилых помещений. Сборник нормативных актов с комментариями. М.,1996. С. 3 и ел.

3 О действии соответствующей статьи см.: Федеральный закон о международных договорах Российской Федерации; Комментарий. С. 15 и ел.

4 Так, Женевская конвенция 1930 г. в Единообразном законе о переводном и простом векселе предусмотрела, что стороны «обязуются ввести в действие на своих территориях по принадлежности, либо в одном из его подлинных текстов, либо на своих национальных языках, Единообразный закон, составляющий Приложение 1 к настоящей Конвенции». Имеется в виду Единообразный закон о

простом и пере

право при ратификации договора сделать определенные оговорки'. В этой связи Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» указал на то, что во всех случаях, кроме тех, когда не требуется принятия общегосударственного акта, наряду с международным договором РФ должен применяться и соответствующий внутригосударственный акт, который был принят для осуществления положений соответствующего международного акта2.

В качестве примера «общепризнанных принципов и норм международного права» можно указать на недискриминацию, которая, в свою очередь, опирается непосредственно на начала равенства государств. Сущность данного принципа состоит в том, что «не должна допускаться дискриминация как в области торге-во-экономических отношений между различными странами, так и в отношении правового положения иностранных юридических лиц и граждан»3.

Применительно к отдельным типам договоров, применяемым во внешнеторговом (международном) гражданском обороте, изданы международными органами (ассоциациями) различного рода рекомендательные акты. Речь идет, в частности, о Международных правилах по унифицированному толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС)4, утверждаемых периодически в перерабатываемом виде Международной палатой, о Международных условиях договора о строительстве, разработанных Международной федерацией инженеров-консультантов, о подготовленных Международной торговой палатой Унифицированных правилах по договорным гарантиям, а также Унифицированных правилах для гарантий по первому требованию5 и др. Международным институтом унификации частного права

водном векселе, который и стал Законом СССР после утверждения Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г. (СЗ СССР. 1937. № 18. Ст. 1087).

Это обстоятельство, например, позволило в свое время СССР (с 24 декабря 1991 г. Российская Федерация стала правопреемницей СССР) при ратификации Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров сделать весьма важную оговорку о неприемлемости определенных ее статей (см.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров, С. 212-213).

Сборник постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации. ^1961-1996. М.: Юрид. лит., 1997. С. 14.

См. об этом; Розенберг М.Г. Контракт международный купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 2-е изд. М., 1996. С. 12.

См.: Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс»: Материалы Международной торговой палаты. Новая редакция. Внешнеэкономический Центр «Соаинтерторг». М„ 1992.

Приведены, в частности, в сборнике нормативных актов «Международное частное право» (М., 1994). Отдельно издано с комментариями в 1996 г. >-'

(УНИДРУА) разработаны Принципы международных коммерческих договоров'. Ко всем такого рода рекомендательным актам положение ст. 7 ПК не относится, Вместе с тем они довольно широко используются во внешнеторговой договорной практике и при наличии необходимых предпосылок могут играть роль обычаев делового оборота.

4. ГОРИЗОНТАЛЬНАЯ ИЕРАРХИЯ ПРАВОВЫХ НОРМ

Горизонтальная иерархия дает ответ на вопрос об относительном приоритете норм, которые находятся на одной и той же ступени вертикальной иерархии. Из этого непосредственно вытекает, что горизонтальная иерархия во всех случаях следует за вертикальной, главенствующей.

Горизонтальная иерархия норм до сих пор ограничивалась двояким проявлением. Первое из них сводится к требованию; новый закон обладает приоритетом по отношению к ранее изданному. Речь идет об известном со времен римского права принципе: lex posterior derogat priori) – «последующий акт вытесняет предшествующий». Вытекающее из него требование закреплено в ГК (имеется в виду общая норма – ст. 4 и специальная отнесенная к договорам – ст. 422), а также в Законах от 21 октября 1994 г. «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» и от 26 января 1996 г. «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации»2.

Второе проявление горизонтальной иерархии норм связано уже с другим принципом: lex specialis derogat general! – «специальный закон вытесняет общий». Хотя указанный принцип в общем виде в ГК и не закреплен, как не было и нет его в другом законодательстве, он является давно и безусловно признанным. Отказ от этого принципа привел бы к тому, что правовая система государства полностью сводилась бы к нормам общим и только к таким специальным, которые эти общие нормы могут лишь детализировать. Тем самым законодатель лишит себя возможности достаточно полно отражать в принятых нормах специфику отдельных разновидностей регулируемых отношений. При таком положении ее комплексность, определяемая предметом гражданского права, как и любой другой отрасли, оказалась бы вообще утерянной.

В рамках указанного принципа важное значение имеет сама структура ГК. Все содержащиеся в нем нормы четко делятся на общие и специальные. Общим положениям о договорах всегда уделялось значительное место в

' Указ. акт. Отдельное издание. М., 1996. 2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 5. Ст. 411.

Гражданских кодексах. При этом их удельный вес непрерывно увеличивал

ся'.

Первый Гражданский кодекс РСФСР, принятый в 1922 г., помимо ofr щей части самого ГК в разделе «Обязательственное право» содержал вслед за главой «Общие положения» (имелись в виду общие положения об обязательстве) самостоятельную главу – «Обязательства, возникающие из договоров». В этой последней главе, насчитывавшей 22 статьи, определялись порядок заключения договоров, необходимая их форма, особенности двусторонних договоров, а также договоров в пользу третьего лица. Вслед за этим были помещены статьи, посвященные двум способам обеспечения исполнения обязательств – неустойке и задатку, последствиям невозможности исполнения договорных обязательств, а также признанию недействительными договоров вследствие нарушения указанных в общей части ГК требований к сделкам. Кроме того, в Кодексе содержалось 10 глав, посвященных отдельным видам договоров (одна из них – о договоре комиссии -появилась в ГК22 только в 1926 г.). В числе последних был и договор о поручительстве – третьем по счету способе обеспечения обязательств.

Несколько иной была конструкция ГК 64. Он содержал весьма емкий раздел III – «Обязательственное

право», который состоял из двух подразделов: «Общие положения об обязательствах» и «Отдельные виды обязательств». В первый из них входили шесть глав, которые среди прочего имели восемь специальных статей о договорах. Все они оказались в главе «Возникновение обязательств». Вторая половина раздела III содержала 22 главы. Восемнадцать из них были посвящены отдельным видам договоров.

Соотношение общих и специальных норм нашло развитие в действующем Гражданском кодексе. Бывший ранее единым раздел «Обязательственное право» разбит на два: раздел III «Общая часть обязательственного права» помещен в часть первую ГК, а раздел IV «Отдельные виды обязательств» находится во второй части ГК. В свою очередь, нынешний раздел III имеет два подраздела: 1. «Общие положения об обязательствах» и 2. «Общие положения о договорах». Последний из них составляют 24 статьи, объединенные в три главы: «Понятие и условия договора», «Заключение дого-

0 соотношении соответствующих видов норм см.: Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений. Л-: Изд-во ЛГУ, 1988. С. 23 и ел.;

^оффеО.С.. Толстой Ю.К. Новый гражданский кодекс РСФСР. Л,: Изд-во ЛГУ, '•'65. С. 16 и ел. ; Садиков ОМ. Общие и специальные нормы в гражданском зако-"одательстве // Советское государство и право. 1971. № 1. В двух работах из приведенного перечня (Н.Д. Егорова, а также О.С. Иоффе и Ю.К. Толстого) освещается Дискуссия о необходимости выделить общую часть в Кодексе, которая имела место в связи с предстоявшим принятием ГК 64.

вора» и «Изменение и расторжение договора». Во второй части ГК центральное место занимают отдельные типы договоров. На долю каждого из них приходится специальная глава. Всего таких глав оказалось во второй части свыше двадцати.

Некоторые из договорных глав второй части ГК сами обладают весьма сложной структурой. Речь идет о купле-продаже, аренде, ренте и пожизненном содержании с иждивением, подряде и хранении. Сюда же можно отнести и главу о расчетах. Перечисленные главы включают «Общие положения» о соответствующем типе договоров и некоторое число специальных параграфов, каждый из числа этих последних посвящен определенному виду договоров данного типа. При этом в отдельных случаях имеется иерархия и применительно к нормам, относящимся к отдельным видам договоров'.

Выделение положений, общих для всех договоров и специальных -только для договоров отдельного типа, и такое же соотношение в рамках основных договорных типов позволяет достичь существенной экономии правовых средств, так как освобождает законодателя от необходимости воспроизводить в посвященных отдельным типам договоров главах Кодекса (в иных, основанных на ГК кодифицированных актах) общие правила.

Однако соображение технического характера, само по себе несомненно важное, не исчерпывает значимости «общих положений». Они призваны обеспечить в необходимых пределах единство правового регулирования различных типов (видов) договоров. Кроме того, общие положения позволяют устранить пробелы в правовом регулировании отдельных типов, а в их пределах – видов договоров.

Последнее обстоятельство играет особую роль. Имущественные отношения, которые складываются между субъектами гражданского права внутри каждой из стран и равным образом с участием субъектов из разных стран, не только постоянно расширяются в объеме, но вместе с тем становятся все более сложными и многообразными. Соответственно такими же

' Например, глава, посвященная такому типу договоров, как купля-продажа, выделяет розничную куплю-продажу, поставку товаров, поставку товаров для государственных нужд, контрактацию, энергоснабжение, прбдажу недвижимости и продажу предприятий. Всем им предпослан параграф «Общие положения о купле-продаже». Между тем среди семи выделенных видов купли-продажи есть своя иерархия: так, поставка товаров для государственных нужд и контрактация -•- подвиды поставки, продажа предприятия – подвид продажи недвижимости. По этой причине «Общие положения о купле-продаже» применяются к контрактации и поставке для государственных нужд только при отсутствии специальных норм в параграфе о поставке, а применительно к продаже предприятия ~ только при отсутствии специальных норм в параграфе о продаже недвижимости.

должны быть опосредствующие эти отношения договорные модели. По указанной причине предусмотренный в действующем Кодексе набор отдельных типов (видов) договоров, как можно заранее предвидеть, оказался недостаточным для удовлетворения возросших потребностей рынка и иных форм гражданского оборота. В этих условиях стороны вынуждены были бы в каждом случае конструировать на голом месте соответствующие их интересам договорные модели путем не только комбинации отдельных элементов традиционных структур, но и создания совершенно новых.

Нормы, которые закрепляют такую новую модель договоров, естественно, появляются только после того, как будет обеспечена достаточная степень ее индивидуализации и вместе с тем определены оптимальные способы решения отдельных вопросов, которые возникают при использовании соответствующей модели. Кроме того, должна сложиться достаточная практика применения новых моделей. В результате специальное правовое регулирование может отставать от практики. И одним из способов устранения этого недостатка служит обращение к общим нормам.

В рамках самого ГК принцип верховенства специальных норм по отношению к общим выражается прежде всего в том, что нормы отдельных глав раздела IV, посвященные различным типам договоров, вытесняют правила, включенные в раздел III (имеются в виду в равной мере статьи, посвященные и общим положениям об обязательствах, и общим положениям о договорах). Приоритет, о котором идет речь, закреплен теперь в п. 3 ст. 420 ГК. В нем предусмотрено, что к обязательствам, возникшим из договора, применяются нормы подраздела 1 «Общие положения об обязательствах» раздела 3 «Общая часть обязательственного права», если иное не предусмотрено правилами гл. 27 «Понятие и условия договора» и правилами ГК об отдельных типах (видах) договоров.

Принцип верховенства специальных норм носит генеральный характер и действует независимо от того, закреплен он в нормах, посвященных соответствующему договору, или нет. В ГК обычно приоритет норм. относящихся к типу, по отношению к нормам об отдельных его видах особо подчеркивается в соответствующих главах. Имеются в виду п, 5 ст. 454 ГК («Купля-продажа»), ст. 625 ГК («Аренда»), п. 2 ст. 702 ГК («Подряд»), ст. 905 ГК («Хранение»). Вместе с тем в статьях о договорах ренты и пожизненного содержания с иждивением такого указания нет. Нет его и в главе о расчетах. Однако не должно вызывать сомнений, что нормы, включенные в «Общие положения о ренте и пожизненном содержании с иждивени-е^» и в «Общие положения о расчетах», точно так же являются запасными на случай отсутствия иного в специальных параграфах соответствующей главы.

На практике может возникнуть вопрос о коллизии между двумя рассмотренными принципами. Это бывает тогда, когда отменяется акт, содержащий общие положения. Как правило, в подобных случаях специальные нормы остаются в силе. Такой вывод следует из самого характера специального акта (нормы) – его верховенства по отношению к общему акту.

Например, не было нужды в особых указаниях относительно сохранения силы Закона РФ «Об охране прав потребителей», принятого в 1992 г., т.е. до вступления в силу нового ГК (это же относится к транспортным уставам и кодексам). По отмеченной причине все обстоит наоборот; чтобы специальные нормы разделили судьбу общих норм, в самом новом акте или в изданном для этой цели акте должно содержаться особое указание на этот счет. Примером могут служить Вводные законы к ГК. Так, при принятии Закона «О порядке введения в действие первой части ГК» было сочтено необходимым указать на отмену Законов РСФСР от 24 декабря 1990 г. «О собственности в РСФСР»' и от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности»2 (в последнем кроме ст. 34 и 35). А в Законе «О порядке введения в действие второй части ГК» таким же образом предусмотрено, что не будут применяться Основы законодательства Союза ССР и союзных республик «Об аренде» от 23 ноября 1989 г.3

Однако следует иметь в виду, что специальные нормы могут утратить свое действие и в еще одном случае: если более поздние общие положения вообще исключат специальное урегулирование.

Существует теперь и третий по счету принцип, выражающий ту же горизонтальную иерархию. Указанный принцип выражен в п. 2 ст. 3 ГК. Он сводится к тому, что «гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов...». Центр тяжести приведенного положения лежит в словах «в соответствии», которые явно выражают верховенство ГК по отношению к другим федеральным законам-

Верховенство ГК очень четко проведено в последней по времени редакции Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей» на примере законов, посвященных отношениям с участием потребителей. Пленум признал допустимым действие таких законов лишь при условии, если это прямо предусмотрено ГК (в качестве примера приведены п. 3 ст. 492 и п. 3 ст. 730 ГК), а при отсутствии такого указания – если законы и иные правовые акты, о которых идет речь, только конкретизируют и

' См.; Ведомости РСФСР. 1990. № 30. Ст. 416.

2 См. там же. Ст. 417.

3 Ведомости СССР. 1989. № 25. Ст. 481; 1991. № 12. Ст. 325.

детализируют нормы ГК, посвященные соответствующим правоотношениям Что же касается установления законами и другими правовыми актами иных чем в ГК, правил, такие акты могут быть приняты лишь при условии, если возможность установления «иных правил» прямо допускается ГК'.

Особое место Кодекса служит гарантией единства отрасли. Оно позволяет избежать возможных противоречий между ним и другими актами, принятыми не только на разном, но и на одном с ГК уровне. Не случайно в последние годы существования в нашей стране плановой экономики законодатель был особенно озабочен тем, что называлось «устранением недостатков хозяйственного законодательства». Последнее представляло собой межотраслевую кодификацию, насчитывавшую несколько десятков тысяч принятых на разном уровне актов, не увязанных между собой.

Устранение возможных противоречий в основополагающих, принятых на высшем уровне актов – одно из важнейших требований, призванных обеспечить создание унифицированного, логически стройного, свободного от внутренних противоречий гражданского права. В современных условиях указанные требования служат залогом необходимого упорядочения складывающегося в стране рынка

товаров, работ и услуг. А одно из наиболее эффективных средств для этого – последовательное признание приоритета ГК, имеющего исключительное значение для государства с переходным экономическим и общественным строем.

ГК не относится к числу федеральных конституционных законов, поскольку он не отвечает требованиям, предъявляемым к такого рода актам ст. 108 Конституции РФ. Имеется в виду, что федеральный конституционный закон принимается, ао-первых, только по вопросам, предусмотренным Конституцией РФ (принятие ГК как федерального конституционного закона Конституцией РФ не предусмотрено), и, во-вторых, с соблюдением специальной процедуры голосования, предполагающей квалифицированное большинство – не менее 3^ голосов от общего числа членов Совета Федерации и ^з голосов от общего числа депутатов Государственной Думы (в отличие от этого Кодекс принимается простым большинством голосов).

Вместе с тем ГК по своей юридической силе в определенной мере приравнивается к федеральным конституционным законам. Это выражается в том, что по отношению к любым другим федеральным законам он занимает положение «первого среди равных» – primus inter pares.

Требование о соответствии федерального закона Кодексу имеет в виду прежде всего нормотворческую деятельность, которая осуществляется после вступления в силу ГК. Речь идет о том, что в случаях, когда законодатель принимает акт, содержащий нормы, отличные от тех, которые закреп-

См.; Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1,997. №. 3. С. 4.

лены в Кодексе, необходимо внести вытекающие из этого акта изменения в текст ГК. До тех пор пока это не будет сделано, участники оборота должны руководствоваться ГК.

В связи с применением ст. 3 ГК возникает прежде всего вопрос о принципиальной возможности существования закона, являющегося, подобно Кодексу по отношению к другим, принятым на том же уровне актам, «первым среди равных». На наш взгляд, поскольку Конституция РФ не запрещает устанавливать не противоречащую предусмотренной в ней иерархию актов, нет оснований сомневаться в возможности законодателя поступить подобным образом.

Практика придания особой силы отдельным законам, составляющим ядро определенного нормативного массива, и прежде всего определенной отрасли, получила развитие в последнее время.

Примером может служить Водный кодекс РФ. В одной из своих статей (2) он предусмотрел: «Водное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса и принимаемых в соответствии с ним федеральных законов и иных нормативных и правовых актов Российской Федерации».

Еще более четко приоритет основополагающего акта выражен в Законе «О соглашениях о разделе продукции» от 6 декабря 1995 г.: «В случае, если законодательными актами РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, в сфере регулирования отношений, указанных в пункте 1 настоящей статьи, применяются правила данного Закона»'.

Другой вопрос связан с действием ст. 12 ГК, а также ст. 11 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее – АПК РФ). Указанные статьи, как уже отмечалось, предоставляют суду право самостоятельно решать вопрос о юридической силе лишь подзаконных нормативных актов. Имеется в виду право суда не применять акт государственного органа или органа местного самоуправления,

противоречащий закону. Что же касается закона, то оспа-ривание его возможно только в Конституционном Суде РФ, При этом оспаривать закон можно только по причине несоответствия закона, равно как и любого другого правового акта. Конституции РФ (ст. 22 Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

На наш взгляд, ситуация, о которой идет речь, – несоответствие закона Гражданскому кодексу – не отличается от любой другой, которая постоянно возникает перед судом, когда решается вопрос об иерархии актов. Задача суда, и это вытекает из его общей компетенции, состоит в выборе дейст-

' Собрание закойодательства Российской Федерации. 199б.№ 1. Ст. 18.

вующего применительно к данному конкретному случаю закона (иного нормативного акта).

Наиболее близка к рассматриваемой ситуация, при которой предстоит выбрать один из двух коллизирующих законов, изданных в разное время. Особенно широкое распространение получили такие случаи при принятии ГК когда речь шла о применении к заключенному до вступления в силу Кодекса договору старого или нового закона. При этом не возникает сомнений в том, что суд вправе, руководствуясь соответствующими установками, в частности содержащимися во Вводном законе, выбрать именно ту норму, которую он, суд, считает имеющей силу. Следовательно, как уже отмечалось, суд в рамках своей компетенции применительно к конкретному делу отвергает действие определенного закона.

Иное дело, когда суд при рассмотрении дела приходит к выводу, что подлежащий применению или примененный закон не соответствует Конституции РФ. В подобном случае суд обязан вынести постановление одновременно об обращении в Конституционный Суд РФ и приостановлении производства по делу или исполнения вынесенного судом решения до принятия постановления Конституционным Судом РФ. Конституционный Суд РФ проверяет соответствующий акт с точки зрения его содержания, формы, порядка подписания, опубликования и введения в действие, соблюдения предусмотренного Конституцией РФ разделения компетенции между федеральными органами государственной власти, а также разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов Федерации, установленного Конституцией РФ, федеративными и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий1.

В настоящее время вопрос о приоритете ГК стал особенно острым, поскольку наступило время принятия на его основе по разным вопросам большого числа законов, и прежде всего прямо предусмотренных в ГК. Если указанные законы будут включать противоречащие Кодексу нормы без последующего изменения соответствующих статей ГК, то это несомненно приведет к отмеченным выше последствиям: разрушению единства гражданского права, которое возможно только при признании верховенства Кодекса2.

См. ст. 103 и 86 Закона о Конституционном Суде Российской Федерации (Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 1447.)

На это обстоятельство обратил особое внимание Президент Российской Федера-Ц"и, отклоняя Закон Российской Федерации «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» (см. соответствующее письмо Президента Российской Федерации в: Российская газета, 1997 г.. 14 мая).

Вот только один пример: 24 ноября 1996 г. принят Закон «Об основах туристической деятельности в

Российской Федерации»'. В действующем ГК содержится глава 39 «Возмездное оказание услуг», посвященная соответствующему типу договоров. Пункт 2 ст. 779 ГК прямо называет в перечне возмездных услуг, которые регулируются главой 39, «услуги по туристическому обслуживанию». Между тем Закон рассматривает туристическое обслуживание как разновидность розничной купли-продажи, имея в виду, что его предметом является «туристическая продукция», т.е. «право на тур, предназначенное для реализации туристу». Естественно, что ряд норм Закона вступил в противоречие с соответствующей главой ГК; в частности, это коснулось и таких вопросов, как права сторон на односторонний отказ от исполнения договора и ответственность туристической организации за нарушение своих обязанностей.

Приходится сожалеть, что Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»2 обошло вопрос о соотношении ГК с другими законами и путях его разрешения при рассмотрении конкретных дел молчанием3.

Принцип приоритета ГК может столкнуться с двумя другими принципами, о которых шла речь: приоритета позднейшего акта и акта специального. Применительно к первой из таких коллизий решение должно быть основано на верховенстве ГК по отношению к соответствующему акту:

Аналогично, как правило, должен решаться вопрос и при коллизии со вторым принципом. Однако следует иметь в виду особенности ситуации, при которой речь идет о специальном законе, посвященном определенному типу (виду) договоров. Примером может служить п. 2 ст. 525 ГК («Основания поставки товаров для государе гвенных нужд»). Первая его часть предусматривает, что к соответствующим отношениям должны применяться правила о договоре поставки, если иное не предусмотрено ГК. А вторая часть устанавливает, что к отношениям по поводу поставки товаров для государ-

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 49. Ст. 5491.

2 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда российской Федерации. 1996. X" 9. Ст. 5.

3 Вместе с тем следует отметить, что Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации в одном из рассмотренных ею дел не совсем точно интерпретировала ст. 4 Вводного закона к первой части ГК. полагая, будто «противоречащая ГК Российской Федерации норма права не подлежит применению. Применению подлежит соответствующая норма Гражданского кодекса Российской Федерации» (Судебная практика по гражданским делам, 1993-1996). К сожалению, такой нормы во Вводном законе от 30 ноября 1994 г. нет, хотя сам по себе вывод Судебной коллегии не вызывает сомнений по существу.

ственных нужд субсидиарно применяются «законы о поставке товаров для государственных нужд». И тогда возникает вопрос что делать, если в закон о поставке товаров будет включена новелла, которая противоречит статьям ГК о договоре поставки? Сходная ситуация имеет место и в отношении других договоров, применительно к которым существуют в ГК общие положения о данном типе договоров и параллельно с ними специальные нормы об отдельных его видах. Соответственно в этих случаях может возникнуть необходимость определить: допустимо ли, например, в закон о договоре бытового подряда включить нормы, противоречащие общим положениям о договоре подряда? Сам ГК содержит прямой ответ только применительно к хранению. Речь идет о ст. 905 ГК: «Общие положения о хранении применяются к отдельным его видам, если правилами об отдельных видах

хранения, содержащимися в статьях 907-926 настоящего Кодекса и в других законах (курсив наш. - Авт.), не установлено иное».

Очевидно, при отсутствии в ГК указаний, аналогичных тем, которые содержатся в приведенной ст. 905 ГК, все равно должен быть дан тот же ответ, что и в указанной статье. Это объясняется тем, что, коль скоро ГК, во-первых, рассматривает нормы о типах (видах) договоров как специальные, а, во-вторых, в специальную норму о данном виде договоров помещает отсылку к закону, такой закон и все включенные в него нормы приравниваются к специальным нормам самого ГК, посвященным тому же типу (виду) договоров.

Следовательно, здесь нет коллизии между ГК и другим законом. В рассматриваемой ситуации речь идет о коллизии внутри самого Кодекса и на первое место выступает соотношение между специальной нормой (нормой изданного в соответствии с ГК закона) и общей нормой соответствующего параграфа (главы) ГК.

Признание приоритета ГК по отношению к другим законам не только не исключает, но, напротив, предполагает широкую законотворческую деятельность в сфере гражданского права на разном уровне.

При этом ГК проявляет различное отношение к названным в нем правовым актам. В одних случаях он конкретизирует и прямо развивает принцип, закрепленный в ст. 3 ГК. Соответственно в ряде его статей, посвященных договорам, содержится отсылка к законам или иным правовым актам с одновременным признанием приоритета ГК по отношению к ним.

Так, например, предусмотрено, что порядок и условия использования чеков в платежном обороте могут регулироваться законами и устанавли-^емыми в соответствии с ними банковскими правилами, но лишь в части, не урегулированной ГК (п. 5 ст. 877 ГК). Законы о защите прав потребители и принятые в соответствии с ними правовые акты должны применяться

к договору розничной купли-продажи с участием покупателя-гражданина лишь при условии, если речь идет об отношениях, не урегулированных Кодексом (п. 3 ст. 492). Законы и иные правовые акты об энергоснабжении, а также обязательные правила, принятые в соответствии с ними. применяются лишь к таким отношениям по договору энергоснабжения, которые не урегулированы Кодексом (п. 3 ст. 539). Аналогичное указание о приоритете ГК по отношению к соответствующим законам содержится в п. 3 ст. 730 (бытовой подряд), п. 2 ст. 525 (поставка товаров для государственных нужд).

Приоритету ГК не противоречит и другое предусмотренное в нем решение. Имеются в виду случаи, когда сам Кодекс содержит норму, допускающую возможность регулировать вопросы в законе или в другом правовом акте по иному, чем это сделано в ГК. Очевидно, что все такие случаи должны рассматриваться как отказ Кодекса от своего приоритета. Так, п. 1 ст. 548 ГК предусматривает, что правила соответствующего параграфа («Энергоснабжение») применяются к отношениям, которые связаны со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть только тогда, когда «иное не установлено законом или иными правовыми актами», а в силу ст. 860 ГК правила Кодекса, посвященные договору банковского счета, применяются к корреспондентским счетам, корреспондентским субсчетам и другим счетам банков только субсидиарно: при отсутствии в Законе, иных правовых актах или установленных в соответствии с ними банковских правилах иного.

Существуют различные варианты такого отказа от приоритета ГК. О чисто количественном соотношении между ними можно судить по статьям разд. IV ГК, посвященным отдельным типам

(видам) договоров. Наряду с обычной для диспозитивной нормы формулой – «если иное не предусмотрено договором» (таких норм оказалось в указанной части разд. IV около 80) – примерно в 20 случаях используется формула, подобная содержащейся в п. 1 ст. 556 ГК («Если иное не предусмотрено законом или договором, обязательство продавца передать недвижимость покупателю считается исполненным после вручения этого имущества покупателю и подписания сторонами соответствующего документа о передаче»), В 15 случаях использована оговорка, схожая с той, которая включена в п. 2 ст. 484 ГК: «Если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором купли-продажи, покупатель обязан совершить действия, которые в соответствии с обычно предъявляемыми требованиями необходимы с его стороны для обеспечения передачи и получения соответствующего товара».

В немногим более десятка статей законодатель воспользовался нормой, аналогичной той, которая включена в п. 3 ст. 485 ГК и посвящена цене

товара в договоре купли-продажи. В нем указано, что предусмотренные им правила применяются, если иное не установлено самим Кодексом, другим законом, иными правовыми актами или договором и не вытекает из существа обязательства.

Во всех рассматриваемых случаях отсылка к «иному» означает, что имеется в виду норма исключительная, а потому не подлежащая распространительному толкованию. Речь идет о том, что перечень источников, в которых содержится такая отсылка к «иному», не должен при применении соответствующей нормы расширяться. Это прежде всего относится к наиболее часто используемым случаям отсылки к «закону или договору».

Указанное обстоятельство было учтено Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ при рассмотрении дела по иску Южного регионального коммерческого концерна о взыскании с Управления Северо-Кавказской железной дороги убытков от утраты бензина во время перевозки'. Истец потребовал полного возмещения убытков в соответствии со ст. 393 ГК. Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ удовлетворил иск частично с учетом существующего в ст. 151 и 152 Устава железных дорог СССР ограничения ответственности за утрату груза. Интерес в данном случае представляют мотивы вынесенного постановления: «Предусмотренная указанными статьями Устава ограниченная ответственность железной дороги за несохранность груза не противоречит части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, так как согласно ст. 400 этой части Кодекса по отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков». Несмотря на то что ст. 400, на которую ссылался Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, допускает установление ограничения ответственности только «законом», в то время как Устав железных дорог СССР – это правительственный акт, соответствующая ссылка в постановлении Президиума является вполне обоснованной2. Имеется в виду действие ст. 4 Вводного закона, которая в частности, сохранила силу ранее изданных постановлений Правительства СССР, РСФСР и РФ в случаях, когда новый ГК требует принятия закона. Приведенная норма носит временный характер: она действует до утверждения соответствующих актов в области транспорта на уровне закона.

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №4. С. 66--67.

2 Q

0 настоящее время возможная коллизация транспортных уставов(кодексов) и ГК применительно к

рассматриваемой ситуации устранена, поскольку норма об огра-"иченной ответственности перевозчика за недостачу груза вошла в корпус второй части ГК (имеется в виду п. 2 ст. 796 ГК).

Следует указать на принципиальное различие между установленной ГК возможностью предусмотреть «иное» в «законе или договоре» («законе, ином правовом акте или договоре») и только в «законе».

В первом случае принятые без изменения Кодекса законы, вводя отличные от предусмотренного в нем положения, должны непременно сохранять за сторонами возможность установления в договоре иного. Так, например, содержащаяся в параграфе, посвященном договору поручительства, ст. 365 ГК («Права поручителя, исполнившего обязательство»), установив в п. 1 и 2 определенные на этот счет правила, предусматривает в п. 3, что они применяются, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручителя с должником и не вытекает из отношений между ними. Это означает, что любое отклонение от правил, предусмотренных в п. 1 и 2 указанной статьи, – независимо от того, содержится ли оно в законе, указе Президента РФ или постановлении Правительства РФ, – должно принимать форму диапозитивной нормы, сохраняя за сторонами возможность вернуться к варианту Кодекса или избрать любой другой. Аналогичная ситуация складывается применительно к ст. 328 ГК, устанавливающей вслед за приведенным в ней правилом относительно встречного исполнения обязательств, что это правило применяется, «если договором или законом не предусмотрено иное».

В случаях, когда ГК отсылает к «закону, иному правовому акту или договору», норма, которая служит адресатом, должна также непременно являться диспозитивной.

Специфика соответствующей ситуации состоит в том, что адресатом может быть норма, занимающая любое место в горизонтальной иерархии. И только тогда, когда ГК допускает без каких-либо оговорок установление «иного» в законе (вариант: «в законе или ином правовом акте»), соответствующая норма может быть как диспозитивной, так и императивной (имеются в виду, например, указания, содержащиеся в п. 2 ст. 484).

Наконец, в ряде случаев статья Кодекса допускает установление иного в самом ГК или в законе. Так, например, п. 5 ст. 475 ГК, определив последствия передачи продавцом покупателю товаров ненадлежащего качества, предусмотрел одновременно, что правила о соответствующих последствиях применяются, если настоящим Кодексом или другим законом не установлено иное. В данном случае должно учитываться верховенство Кодекса. А это означает, что закон может устанавливать «иное» только при условии, если это не сделано в ГК (в приведенном примере – статьями, посвященными соответствующему виду договоров купли-продажи).

И все же в ГК наибольшее распространение получили такие обращения к закону и иным правовым актам, в которых соответствующие статьи

Кодекса признают приоритет других правовых актов, превращаясь в запасной вариант.

В качестве примера можно сослаться на нормы, предусматривающие презумпцию возмездности любого договора (п. 3 ст. 423 ГК), запрещение коммерческой организации оказывать при заключении публичного договора предпочтение одному лицу перед другим (п. 1 ст. 426 ГК), признание договора, подлежащего государственной регистрации, заключенным лишь с момента регистрации (п. 3 ст. 433 ГК). Эта и иная подобная ей редакция соответствующей нормы позволяют провести определенную аналогию с делегированием вышестоящим органом своего права, в том числе и нормо-творческого,

нижестоящему органу: имеется в виду, что такое делегирование не колеблет общего верховенства актов передающего полномочия органа.

Существует и еще один случай отказа от приоритета ГК. Речь идет о конструкции, используемой в ст. 815 ГК: с момента выдачи векселя правила соответствующего параграфа ГК применяются постольку, поскольку они не противоречат закону о переводном и простом векселе. Сходная норма включена и в п. 3 ст. 968 ГК относительно коллизии правил главы «Страхование» и закона о взаимном страховании, а также в ст. 970 ГК относительно коллизий правил той же главы и законов о страховании иностранных инвестиций от некоммерческих рисков, морского страхования, медицинского страхования, страхования банковских вкладов и пенсий и др.

Адресатом «иного» может служить то, что ГК называет «отношением сторон». Например, п. 4 ст. 326 ГК содержит правило, по которому на солидарного кредитора, получившего исполнение от должника, возлагается обязанность возместить причитающееся другим кредиторам в равных долях, если иное не вытекает из отношений между ними. В данном случае имеется в виду характер отношений, включающий различные их аспекты, при этом «соглашение» и «существо отношений» не являются адекватными понятиями. В подтверждение можно сослаться на п. 2 ст. 417 ГК, по которому «иное» применительно к правилу, закрепленному в соответствующей норме (о восстановлении первоначального обязательства в случае признания недействительным акта государственного органа, повлекшего за собой прекращение обязательства), может вытекать из соглашения сторон или существа обязательства (если исполнение не утратило интерес для кредитора).

Применение ГК в наибольшей степени ограничено в нормах, подобных п. 3 ст. 423, который предполагает договор возмездным, если только «иное» не вытекает из закона, иного правового акта, из содержания или существа договора.

Отсылка к закону может носить ограниченный характер. Имеется в виду, что ГК иногда предусматривает последствия нарушения правил, уста-

иовленных именно в законе. Так, ст. 469 ГК допускает введение обязательных требований к качеству товаров в законе. Вместе с тем та же статья предусматривает в виде императивной нормы право сторон согласовать в указанном случае повышенные требования к качеству товаров. Пункт 4 ст. 469 Кодекса, отсылая к соответствующим законам, предусматривает именно их приоритет по отношению к ГК.

С известной долей условности можно считать еще одним случаем горизонтальной иерархии тот, при котором ГК, отсылая к определенным законам, предусматривает именно их приоритет и перед ГК, и перед другими законами. Так, п. 3 ст. 317 ГК допускает использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте для осуществления расчетов по обязательствам на территории РФ только в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом или в установленном им порядке. Пункт 1 ст. 327 ГК предполагает возможность исполнения обязательства путем внесения денег или ценных бумаг в депозит суда (в отличие от внесения в депозит нотариуса) лишь для случаев, установленных законом. В соответствии с п. 2 ст, 332 ГК увеличение законной неустойки соглашением сторон допустимо лишь при условии, если это не запрещено законом. В этих и других подобных ситуациях статья ГК, вступающая в противоречие с соответствующим законодательным актом, не применяется.

Отсылка, о которой идет речь, может быть определенным образом ограничена, с тем чтобы сохранить

в некоторой части приоритет ГК. Так, в силу п. 3 ст. 492 ГК к отношениям по договору розничной купли-продажи с участием покупателя-гражданина, не урегулированным Кодексом, применяются законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ними. Сходное правило содержится и в п. 3 ст. 730 ГК (имеется в виду, что к отношениям по договору бытового подряда, не уре-'гулированным Кодексом, применяются законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ними). Обе эти нормы, предвидя возможность коллизии между законами о защите прав потребителей и принятым на любом уровне актом, в том числе и федеральным законом, заранее отдают предпочтение первому закону.

Особый случай имеет место, когда императивная норма определяет круг вопросов, которые должны согласовать в договоре стороны. Так, допуская прекращение обязательств путем соглашения об отступном, ст. 409 ГК требует, чтобы размер, сроки и порядок предоставления отступного устанавливались сторонами.

В ГК встречаются отсылочные нормы, в определенной мере отличающиеся от выделенных выше разновидностей. В частности, в них может быть указано на то, что отдельные особенности договорного типа опреде

ляются законом или иным правовым актом (п. 3 ст. 454 ГК – применительно к договорам купли-продажи), может содержаться отсылка и к законам о данном виде договоров (например, в ст. 938 ГК в отношении требований, которым должны удовлетворять страховые организации, порядка лицензирования их деятельности, а также осуществления государственного надзора за нею содержится отсылка к законам о страховании) либо прямо называться закон (например, в ст. 768 ГК так произошло с законом о подряде для государственных нужд). Особым адресатом отсылки могут служить стандарты (см., например, п. 1 ст. 474 ГК в отношении проверки качества товаров в договоре купли-продажи). Наряду с правовыми актами возможны отсылки к принятым в соответствии с ними обязательным правилам (ст. 517 ГК – о необходимости возвратить тару при договоре поставки или п. 4 ст. 469 ГК – о требованиях к качеству продаваемого товара).

5. ОБЫЧАЙ, ОБЫЧАЙ ДЕЛОВОГО ОБОРОТА, ОБЫКНОВЕНИЯ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ДОГОВОРОВ

Обычай – правило поведения, основанное на длительности и многократности его применения. Авторитет обычая в конечном счете опирается на формулу: так поступали все и всегда.

Обычаи используются во многих сферах человеческой деятельности, включая и ту, которая охватывается правом. В последнем случае речь идет о правовом обычае. Как таковой он обладает родовыми признаками обычая, о которых шла речь выше. Поэтому отождествление обычаев с «правилами поведения, которые складываются в обществе стихийно, передаются из поколения в поколение и соблюдаются людьми в силу привычки»', очевидно, характеризует лишь обычай как таковой, т.е. как род, а не его вид.

Индивидуализирующий признак правового обычая составляет то, что он приобретает обязательную силу с санкции государства. Однако предметом такой санкции служит не обычай как конкретное правило поведения, а лишь возможность его использования для решения в строго определенном порядке строго определенных вопросов.

С этим связано весьма важное с практической точки зрения последствие. Нельзя исключить того, что со времени издания закона, отсылавшего к обычаю, и до момента заключения договора или рассмотрения дела в суде изменится сам обычай благодаря, например, внедрению в практику электронно-вычислительных машин, иной электронной техники и др. Учитывая, что санкционированию подвергается не конкретный обычай, а возможность

Иоффе о.С. Советское гражданское право: Курс лекций. Общая часть. Право соб-^енности. Общее учение об обязательствах. Л,: Изд-во ЛГУ, 1958. С. 42.

исполнения сложившихся правил, надлежит признать, что новым обычаем следует руководствоваться и в силу ранее изданного закона, если иное не предусмотрено в новом.

Учитывая, очевидно, отмеченное обстоятельство, Г.Ф. Шершеневич весьма скептически относился к распространенной практике создания сборников обычаев (в частности, автор имел в виду издание сборников обычаев, применяемых в различных морских портах). Признавая, что «под именем обычного права понимается право, не исходящее от верховной власти, но соблюдаемое в юридических отношениях гражданского оборота», он назвал сомнительной с точки зрения ее юридического значения применяемую в ряде стран практику официальных изданий сборников обычаев, подчеркивая, что. во всяком случае, «она не заслуживает предпочтения»'. Разумеется, это нисколько не исключает целесообразности издания неофициальных, частных сборников, носящих исключительно информационный характер.

Таким образом, издание официальных сборников морских, торговых и иных обычаев определенным образом расходится с самой природой указанного регулирования поведения. К этому следует добавить и еще одно соображение: включение или невключение обычаев в сборник и формулировка соответствующего правила в каждом из них в определенной мере будут зависеть от воли того органа, в том числе и общественного, который соответствующий сборник издает. Тем самым помещение в официальный сборник обычаев в известной мере уравнивает их по результатам с кодификацией законов (имеется в виду, что в подобных случаях юридическое значение обычая будет опираться на силу авторитета собравшего обычаи органа).

Правовое значение обычая, как было показано, полностью зависит от судьбы закона. Обычай обязателен только до тех пор, пока не будет отменен санкционирующий использование такого источника закон. При этом именно закон. А значит, например, правовой акт, который содержит иное, чем обычай, правило поведения, приобретает юридическую силу лишь при условии отмены закона, отсылающего к обычаю. Однако обратной зависимости нет: в рамки действующего закона, санкционирующего обычай, может укладываться любое правило, отвечающее всем признакам правового обычая.

И.Б. Новицкий в свое время оспаривал взгляды С.А. Галунского, полагавшего, что санкционирование обычаев государственной властью возможно посредством не только закона, но и судебных решений2. По мнению са-

' См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1. СПб., 1908. С. 74-75.

2 См.: Гаяунский С.А. Обычай и право // Советское государство и право. 1939.

№ 3. С. 4.

мого- И.Б. Новицкого, «если определенная норма складывается (курсив наш. – ^вт-) в практике суда,

то формой правообразования является судебная практика при условии, конечно, что государство допускает такую форму правообразования. Но если речь идет о применении нормы, сложившейся в народной практике (с санкции закона), судебное решение опирается именно на ту норму закона, которая отсылает к обычному праву и является лишь формой обнаружения, признания нормы, а не формой правообразования»1.

Может показаться, что сделанному И.Б. Новицким выводу противоречит теперь появление в новом ГК нескольких статей, в которых содержится отсылка к практике, устанавливаемой во взаимных отношениях между сторонами (например, ст. 431 ГК). Однако такая оценка приведенных норм была бы весьма спорной, поскольку основой обязательной силы соответствующего правила служит все равно закон (соответствующая статья Кодекса), а сложившаяся практика, подобно тому как это имело место применительно к обычаю, играет только роль источника сведений о самом правиле. , То обстоятельство, что возможность использования обычая создается законами, не превращает его в закон. Место обычая в иерархии правовых регуляторов остается последним. Он всегда следует за договором. Это означает, что действие любого обычая как такового может быть парализовано договором, если только условие этого последнего не противоречит правилу поведения, закрепленному в законе или в подзаконном акте, обязательном для сторон.

Г.Ф. Шершеневич усматривал одну из особенностей русского дореволюционного законодательства в том, что оно «всегда неблагосклонно относилось к обычаю, вследствие близкой связи последнего с идеей местной автономии, и постоянно стремилось выставлять на первом плане указы, уставы и т.п. законодательные источники»2.

Негативное отношение к обычаю в широком смысле этого понятия сохранилось и в послереволюционной литературе. Так, например, И.Б. Новицкий полагал, что «обычное право, имеющее в малоразвитом обществе исключительно большое значение, по мере развития хозяйственной жизни отступает на второй план: постепенность его образования и неопределенность содержания не отвечают требованиям усложнившейся общественной жизни»3. И даже О.С, Иоффе, подчеркивавший неодинаковое отношение государства к разным обычаям, с явным удовлетворением отмечал узкую сферу их использования4.

Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Госюоиздат, J959. С. 63-64. .

^ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. С, 79. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. С. 62-См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Д.; Изд-во ЛГУ, 1958. С. 42 и ел.

Однако новый Кодекс, столь широко использовавший применительно к договорам правовой обычай, заставляет по-иному оценить этот источник права. Несомненно, что ниша в правовом регулировании, оставленная для обычаев делового оборота, является признанием роли децентрализованных мер правового регулирования рынка в целом и свободно складывающихся на нем договорных связей. Благодаря обычаям делового оборота в рамках действующего в стране законодательства появляется как в законодательном, так и в договорном регулировании особый способ восполнения их пробелов, опирающийся в конечном счете на признании особой роли договорной и судебной практики.

В подобных случаях появляется возможность диверсификации регулирования договоров с учетом особенностей не только, например, предпринимательства в целом, но и отдельных его сфер, каждая из которых обладает своими чертами и соответственно в отдельных случаях требует различных

решений для аналогичных вопросов.

Коренная перестройка экономической системы в стране, а тем самым и методов ее регулирования, включающая резкое сужение сферы применения императивных норм, последовательное применение принципа договорной свободы в самых различных ее проявлениях, объективно содействовали повышению значимости обычаев.

В цивилистической литературе, прежде всего учебной, до последнего времени либо вообще не называли обычаи разновидностью регуляторов поведения' участников гражданского оборота2, либо традиционно ограничивались двумя сферами действия обычая, охваченными соответственно ст. 77 Земельного кодекса РСФСР 1922 г., которая определяла, что при разделе имущества крестьянского двора могут применяться «местные обычаи», и несколькими статьями Кодекса торгового мореплавания 1929 г., которые говорили именно об обычаях, принятых в морской торговле.

Интересно отметить, что среди двух авторов, выделявших обычай в числе подлежащих применению норм, один (И.Б. Новицкий) готов был безоговорочно принимать идею значимости обычая только применительно к Кодексу торгового мореплавания3, в то время как другой (О.С. Иоффе)

' Имеются в виду, в частности: Советское гражданское право. Т. I. М.: Госюриздат, 1950. С. 79 и ел.; Советское гражданское право. Т. I. М.: «Высшая школа», 1968. С. 55 и ел.; Советское гражданское право. Т. I. М.; «Высшая школа», 1972. С. 38 и ел. 2 Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1959. С. 63 и ел.

э В книге «Источники советского гражданского права», И.Б. Новицкий, вступив в дискуссию по вопросу о Земельном кодексе, в конечном счете сходился во мнении с С.И. Вильнянским (имеются в виду работы последнего «Обычаи и правила социа-

столь же безоговорочно признавал возможным рассматривать в качестве обычая только отсылки, имевшиеся в нормах Земельного кодекса, и отказывал в этом Кодексу торгового мореплавания'.

Между тем именно в морском праве обычай имеет самое широкое распространение. Это убедительно показано А.Л. Маковским, в частности, на примере Йорк-Антверпенских правил об общей аварии. Оценивая эти правила, автор подчеркивает, что их делает обычаем «всеобщность и длительность их применения»2.

Заслуживает быть отмеченным и то, что уже в действующем Кодексе торгового мореплавания 1968 г. значительно чаще, чем в предшествовавшем Кодексе (1929 г.), используются термины «обычай» и производные от него («обычно предъявляемые» и «обычно применяемые»). Так, ст. 15 КТМ допускает включение в договор предусмотренных этим Кодексом условий о применении иностранных законов и наряду с ними обычаев торгового мореплавания в случаях, когда стороны могут в соответствии с Кодексом отступать от установленных им правил. Например, сталийные сроки (время, в течение которого груз должен быть погружен на судно) определяются «обычно принятыми в порту погрузки» сроками (ст. 134 КТМ). Аналогичная отсылка имеется в отношении продолжительности контрсталийного времени – дополнительного по окончании срока погрузки времени ожидания на случай отсутствия указаний на этот счет в соглашении (ст. 135 КТМ). При отсутствии установленного времени доставки груза руководствуются «обычно принятыми сроками» (ст. 149).

диетического общежития» (Ученые записки Харьковского юридического института, 1954), а также

«К вопросу об источниках советского права» (Проблемы социалистического права. 1939. № 4/5), высказывавшим сомнение относительно возможности применения в современных автору условиях ст. 77 Земельного кодекса, содержащей отсылку к обычаю (указ. работа. С. 64).

О значении обычая в соответствующей области можно было судить по тому, что после тщательно проведенного исследования Г. Н. Полянская смогла указать в качестве примера только один обычай. Он сложился в Наро-Фоминске (Московская область). Суть обычая составляло то, что если член распавшегося крестьянского двора переносил свою часть дома («пятистенки») на другое место, то перегородка оставалась тому, за кем была закреплена оставшаяся часть дома (Полянская Г.Н.

Семейно-имущественные разделы и выделы в колхозном дворе. М.: Юриздат, 1948. С.9).

О.С. Иоффе приводил аргументы в поддержку того, что нормы КТМ, содержащие отсылки к обычаям, фактически представляют собой не обычаи, а законодательное санкционирование технических норм (Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т I с- ^)-

пеанов Г.Г., Маковский А.Л. Международное частное морское право. Л., 1984. С. 32.

Вызывает некоторое удивление то обстоятельство, что в работах, вос-вещающих вопросы, связанные с обычаями, оставались без внимания многочисленные отсылки к «обычному» в самом Кодексе, будь то ГК 22 или ГК 64. Прежде всего речь идет о ключевых для всего обязательственного (договорного) права нормах, закрепляющих сущность надлежащего исполнения. Имеется в виду ст. 168 ГК64, которая, определяя, каким должно быть исполнение договора, в конечном счете (тем самым в последнюю очередь), отсылала к обычно предъявляемым требованиям. Были подобного рода отсылки и во многих других статьях ранее действовавших кодексов. При этом такие отсылки имели место не только в общих, но и в специальных статьях договорного (обязательственного) права в ГК 22, и в ГК 64. Например, в ГК 22 ответственность продавца за недостатки проданного товара наступала в случае его непригодности к «обычному или предусмотренному договором употреблению» (ст. 195 ГК). Точно так же на подрядчика возлагалась обязанность сдать работу без недостатков, делающих ее непригодной к предусмотренному договором или обычному назначению (ст. 227 ГК). Скрытыми недостатками при купле-продаже (ст, 196 ГК) и подряде (ст. 228 ГК) считались такие, которые нельзя было усмотреть при «обыкновенном способе принятия вещей (работ)?).

Часть этих норм была включена в ГК 64, в его главы о договоре купли-продажи (ст. 245) и договоре подряда (ст. 361). Кроме того, ст. 168 того же Кодекса предусматривала, что «при отсутствии иных указаний в законе-акте планирования, договоре в отношении исполнения надлежащим образом и в установленный срок следует руководствоваться обычно предъявляемыми требованиями».

Действующий Гражданский кодекс теперь более широко использует понятие «обычное» в самых различных нормах, посвященных договорному регулированию. ГК прежде всего сохранил редакцию общей нормы о возможных критериях, которым должно соответствовать надлежащее исполнение обязательств и в составе которых выделены «обычно предъявляемые требования» (ст. 309). Тот же по существу критерий используется для восполнения в договорах отсутствующего условия о цене (оплата производится по цене, «которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги» (п. 3 ст. 424 ГК). Ссылки на «обычное» включены для восполнения пробелов применительно к договору купли-продажи в условия о качестве: должен быть передан покупателю товар, «пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется» (п. 2 ст. 469), в условия о комплектности товара: она определяется «обычно

предъявляемыми требованиями» (п. 2 ст. 478 ГК), о таре и упаковке: они должны обеспечивать сохранность товаров такого же рода при

«обычных условиях хранения и транспортировки» (п. 2 ст. 481 ГК), о порядке проверки качества товара: она должна производиться «в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно применяемыми условиями проверки товара...» (п. 2 ст. 474 ГК).

Можно указать и на некоторые другие случаи упоминания «обычного». При аренде транспортного средства с предоставлением услуг по управлению и технической эксплуатации состав экипажа транспортного средства и его квалификация должны отвечать установленным обязательным для сторон требованиям, а при их отсутствии обычной практике эксплуатации транспортного средства данного вида и условиям договора (п. 2 ст. 635 ГК).

При отсутствии соответствующего указания в законе, иных правовых актах в обязательных требованиях государственных стандартов, а также в самом договоре применительно к проверке качества действуют «обычно применяемые условия проверки товара» (п. 2 ст. 474 ГК). Критерий «обычно предъявляемые требования» учитывают, при отсутствии других указаний в законе, ином правовом акте или договоре, в случаях нарушения условия о комплектности в договоре купли-продажи^. 1 ст. 519 ГК). Явными недостатками предмета подряда признаются те, которые нельзя установить при обычном способе приемки работ (п. 3 ст. 720 ГК).

«Обычное» не является синонимом «обычая» хотя бы потому, что в отличие от последнего «обычное» более размыто, недостаточно структури-зовано и устойчиво, вследствие чего фактически создается заново при применении отсылающей к «обычному» норме. И все же с точки зрения своего функционального назначения эти правовые категории оказываются близкими. Эта близость косвенно подтверждается и тем, что соответствующие нормы, которые содержат и отсылки к «обычаям», и отсылки к «обычному», могут быть как диспозитивными, так и императивными.

В качестве иллюстрации имеет смысл сопоставить две нормы – п. 5 ст. 468 ГК («В случае, когда продавцом не приняты необходимые меры по согласованию цены в разумный срок, покупатель оплачивает товары по цене, которая в момент заключения договора при сравнимых обстоятельствах обычно взималась за аналогичные товары») и п. 3 ст. 919 («Вещь, сдаваемая на хранение в ломбард, подлежит оценке по соглашению сторон в соответствии с ценами на вещи такого рода и качества, обычно устанавливаемыми в торговле в момент и в месте их принятия на хранение»). В первом случае стороны совершенно свободны в согласовании цен, и соответственно договорное условие о цене нельзя оспорить ссылкой на его противоречие тому, что есть основания расценить как «обычно устанавливаемая Цена». Во втором случае стороны связаны «обычным», а потому оспарива-ние, о котором идет речь, возможно.

• Следует особо обратить внимание на то, что ГК включил новое для кодексов понятие «обычаи делового оборота». До этого упоминание о них содержалось лишь в Основах гражданского законодательства 1991 г. (п. 2 ст. 59, п. 2 ст. 63, п. 2 ст. 75).

В подразделе II раздела III ГК («Общие положения») насчитывается тринадцать случаев прямых отсылок к «обычаям делового оборота»'. Во второй части ГК их оказалось больше – 15, из которых шесть приходится на договор купли-продажи, по одной – на договоры подряда, хранения, банковского счета; четыре – на главу о расчетах и две – на договор комиссии2.

Однако следует иметь в виду, что для применения обычаев делового оборота, в отличие от обычая,

нет необходимости в отсылке к ним в конкретной статье или иной норме. Наличие в ГК ст. 5 позволяет сделать вывод, что в соответствующей сфере – делового оборота правила, отвечающие признакам, приведенным в этой статье, могут всегда использоваться для восполнения пробелов в правовых актах и договорах.

Обычай делового оборота имеет много общего с диспозитивной нормой, поскольку, как и эта последняя, он представляет собой запасной вариант, вступающий в действие, если иное не предусмотрено договором. Это «иное» презюмируется. И поскольку речь идет только о презумпции, в том и в другом случае оспоримой, за стороной сохраняется по общему правилу возможность парализовать действие обычая делового оборота (подобно

' См. ст. 309 (устанавливает требования к надлежащему исполнению договоров), ст, 311 (о возможности исполнения обязательства по частям), ст. 312 (об исполнении обязательства надлежащему лицу), ст. 314 (о сроке исполнения), ст. 313 (о возможности исполнения обязательства третьим лицом), ст. 315 (о возможности досрочного исполнения обязательств, не связанных с предпринимательской деятельностью), ст. 406 (об основаниях признания кредитора просрочившим исполнение), ст. 427 («Примерные условия договора»), ст. 431 («Толкование договора»), ст. 438 («Акцепт»), ст. 451 («Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств»), ст. 452 («Порядок изменения и расторжения договора»).

2 Имеются в виду п. 2 ст. 459 («Переход риска случайной гибели товара»), п. 2 ст. 474 («Проверка качества товара»), ст. 478 («Комплектность товара»), п. 1 ст. 508 («Периодах поставки товаров»), п. 1 ст. 510 («Доставка товара»), п. 2 ст. 513 («Принятие товаров покупателем»), п. 2 ст. 724 («Сроки обнаружения ненадлежащего качества результата работы»), ст. 848 («Операции по счету, выполняемые банком»), п. 2 ст, 862 («Формы безналичных расчетов»), п. I ст. 863 («Общие положения о расчетах платежными поручениями»), п. 3 ст. 867 («Общие положения о расчетах по аккредитиву»), п. 2 ст. 874 («Общие положения о расчетах по инкассо»), ст. 992 («Исполнение комиссионного поручения»), п. 3 ст. 998 («Ответственность комиссионера за утрату, недостачу или повреждение имущества комитента») и ст. 1006 («Агентское вознаграждение?)).

тому, как это имеет место при диспозитивной норме), сославшись на то, что договором в действительности предусмотрено иное, отличное от обычая делового оборота правило.

Есть между диспозитивной нормой и обычаем делового оборота и при наличии прямой отсылки к нему определенные различия. Одно из них состоит в том, что диспозитивная норма сама содержит тот запасной вариант, который стороны должны иметь в виду. При обычае делового оборота правило, если только соответствующий обычай не зафиксирован в каком-либо документе, предстоит отыскать сторонам или суду в порядке применения соответствующей нормы ГК, адресующей к обычаю делового оборота.

Контрагент вправе оспаривать применение положений, содержащих обычаи делового оборота, к конкретным договорам, ссылаясь на то, что они вопреки требованиям, которые включены в п. 1 ст. 5 ГК, не являются сложившимися и широко применяемыми в соответствующей области предпринимательской деятельности. При этом ссылка стороны на то, что обычай делового оборота ей не был известен, сама по себе юридического значения не имеет. Наконец, различие выражается и в том, что обычай делового оборота занимает более низкую ступень в иерархии источников.

Раскрытию соответствующего понятия посвящена ст. 5 ГК. Она указывает как на позитивные, так и

на негативные его признаки. К числу первых относятся три. Во-первых, обычай делового оборота – это правило поведения, и, следовательно, по самому своему характеру он конкурирует с договорными условиями. Во-вторых, обычай делового оборота рассчитан на использование в строго определенной области; речь идет об отношениях, которые складываются не просто в сфере предпринимательской деятельности, а в определенной ее области (например, ст. 848, п. 1 ст. 863, п. 3 ст. 874 даже прямо ее называют – банковская практика). В-третьих, соответствующее правило к моменту его использования (имеется в виду как использование самими сторонами – при заключении и исполнении договора, так и судом – при разрешении споров) может считаться сложившимся и широко применяемым.

Негативных признаков – два: соответствующее правило не должно быть предусмотрено в законе или ином правовом акте и в то же время не может противоречить ему.

Наконец, следует отметить и еще одно указание, содержащееся в п. 1 той же ст. 5 ГК. Оно снимает ограничения, которые могли бы быть предусмотрены применительно к форме закрепления соответствующего правила;

фиксация обычая делового оборота в каком-либо документе не является обязательной,

Соотношение обычаев делового оборота с правовой нормой носит особый характер применительно к ст. 431 ГК. Эта статья требует при толковании договора учитывать, помимо других обстоятельств (таких, напри-

мер, как предшествующие заключению договора переговоры или переписку), и обычай делового оборота. В этом последнем случае регулятором поведения сторон является именно договор, а обычай делового оборота;--лишь способ уяснения подлинного смысла условия договора и таким образом подлинного смысла воли сторон.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ (п. 4) от 1 июля 1996 г. содержит некоторые уточнения понятия «обычай делового оборота». Речь идет о том, что такого рода обычай должен быть достаточно определенным в своем содержании. В качестве возможного варианта указаны «традиции исполнения тех или иных обязательств»'. Отмеченное обстоятельство может служить объяснением тому, что ГК в ряде статей (например, п. 2 ст. 474 и п. 2 ст. 478) обычай делового оборота рассматривается как разновидность «обычно применяемых условий». Особо подчеркнуто, что данный вид источников может быть применен судом лишь при разрешении спора, вытекающего из предпринимательской деятельности. При этом, очевидно, не имеет значения легитимность участия лица в такой деятельности: поскольку обычаи делового оборота составляют часть общего режима, установленного для предпринимательской деятельности, суд при рассмотрении с участием такого лица спора, возникшего в связи с осуществляемой им соответствующей деятельностью, в силу п. 3 ст. 23 ГК может всегда применить наряду с другими правилами, которые относятся к указанной деятельности, также и сложившийся в соответствующей области обычай делового оборота.

Обычаи (обычаи делового оборота), как уже отмечалось, широко используются во внешнеторговом обороте. До принятия ГК это объяснялось в значительной мере тем, что прямые отсылки к ним включали акты, регулирующие порядок разрешения внешнеторговых споров, а также некоторые другие международные акты2,

Так, ст. 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров предусматривает связанность сторон с любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой

отношений, которые они. установили в своих взаимных отношениях. Не ограничиваясь этим, Конвенция устанавливает: «При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению

' См.; Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996 №9 С. 6.

2 См., в частности, статью VII («Применимое право») Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (приведена в кн.: Розенберг М.Г. Контракт Международной купли-продажи. М.: Международный центр финансового экономического развития, 1996. С, 697.)

обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли»'.

Сравнивая соответствующую норму Конвенции с национальным правом РФ, И.С. Зыкин до принятия ГК полагал, что «в принципе, не противореча нормам российского права, затрагивающим названные категории (речь шла об обычаях и практике отношений сторон ~ М.Б.), ...предписания Конвенции имеют более разработанный характер»2. Однако, теперь при сравнении Конвенции с новым ГК есть основания сделать вывод о существовании все же определенных расхождений между указанными актами. Имеется в виду как понимание самой сути обычая, так и возможность его применения при отсутствии прямой отсылки к нему в договоре. ;

Речь идет о том, что ст. 5 ГК, как уже отмечалось, не придает никакого значения субъективному моменту: знали ли стороны или должны были знать о соответствующем обычае? Достаточным является объективный признак, указанный в ст. 5 ГК: соответствующее правило «сложилось и широко применяется». Указанные признаки очень близки: имеется в виду, что о всем «широко применимом» нужно знать. И все же в данном случае речь идет только о презумпции, которую можно оспорить при определенных условиях. Поэтому возможны ситуации, когда при аналогичных обстоятельствах определенное правило в силу ст. 5 ГК будет, а в силу ст. 9 Конвенции не может быть признано обычаем делового оборота- !

Разработанные УНИДРУА (Международным институтом унификации частного права) Принципы международных коммерческих договоров (ст. 1.8) воспроизводят основную норму, содержавшуюся в ст. 9 Венской конвенции. Вместе с тем в Принципах определенным образом уточнена норма Конвенции. Имеется, в частности, в виду, что во всех случаях, кроме тех, при которых обычай включен в договор, допускается оспаривание обычая по причине «неразумности его применения». Соответственно в тех же Комментариях в качестве примера «неразумных обычаев» приводятся такие, в которых не учтены особые условия, в которых оказалась одна или обе стороны, либо нетипичный характер заключенного договора3. При этом комментаторы Принципов специально предусмотрели среди прочего, что в числе оговоренных в договоре обычаев могут оказаться любые правила, в том числе, например, включенные в свод норм, составленных предприни-

Венская конвенция о договорах международной купли-продажи: Комментарий. С.222.

2 Там же. С. 34.

См.: Принципы международных коммерческих договоров. М.: Международный Центр финансово-экономического развития, 1996. С. 21-24.

мательской ассоциацией и ошибочно названных ею «обычаями». К обычаям, применяемым

независимо от специального указания о них а договоре, относятся, безусловно, те, которые широко известны и постоянно соблюдаются в международной торговле. Кроме того, в исключительных случаях это могут быть национальные и местные обычаи, но только такие, которые регулярно применяются в отношениях не только своих, национальных партнеров, но и иностранцев.

Обычаи делового оборота являются по общему правилу регулятором поведения со строго определенным местом в вертикальной структуре. В силу п. 5 ст. 421 ГК они играют роль договорного условия, если иное не предусмотрено договором или диспозитивной нормой. В отличие от ст. 5 ГК, которая не допускает противопоставления обычаев делового оборота, помимо договора, законодательству, в п. 5 ст. 421 ГК отсутствует указание, на каком именно уровне должен быть принят акт, идет ли речь, таким образом, только о «законодательстве», под которыми ст. 3 ГК понимает Кодекс и иные федеральные законы, либо о любом нормативном акте. Однако, поскольку обычаи делового оборота поставлены после договора, а договору предшествует любой обязательный для него надлежаще принятый нормативный акт, можно сделать вывод, что речь идет о том, что обычай делового оборота приобретает юридическую силу, если иное не предусмотрено императивной нормой закона, другого правового или иного нормативного акта, самим договором или диспозитивной нормой принятого на любом уровне нормативного акта.

М.Г. Розенберг (имеется в виду работа, написанная в период после Основ гражданского законодательства 1991 г., но до принятия нового ГК) предлагал отказаться от того, что обычайделового оборота может использоваться позади договора. Сам автор полагал (имея в виду национальное законодательство), что «следовало бы исходить из приоритета обычая делового оборота над диспозитивной нормой закона»',

Высказанная М.Г. Розенбергом позиция несомненно заслуживает внимания. Однако, как видно из п. 1 ст. 5 ГК, законодатель избрал другой путь, Он отодвинул обычаи делового оборота на последнюю ступень регуляторов поведения, поставив за ними лишь применение норм в силу аналогии закона или аналогии права.

Обычай делового оборота занимает указанную выше ступень в силу самой своей природы, определенной ст. 5 и 421 ГК. Вместе с тем в некоторых случаях ГК специально подчеркивает то особое место, которое принадлежит обычаю делового оборота применительно к определенному виду

См.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. М.: Юрид. лит., 1995. С. 32.

договоров. Так, например, п. 1 ст. 510 ГК предусматривает, что в случаях, когда в договоре не определено, каким видом транспорта или на каких условиях осуществляется доставка товаров, право выбора способа доставки предоставляется поставщику, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, существом обязательства или обычаями делового оборота.

Однако если в специальной статье ГК и отсутствует такое указание, то и тогда в силу общих норм (ст. 5 и 421) соответствующее место закреплено за обычаем делового оборота.

В отличие от рассмотренного варианта, при котором обычай делового оборота восполняет пробел, образовавшийся а нормативном акте и договоре, возможна и такая ситуация, когда в самом ГК приводится определенное правило и одновременно предусматривается возможность установления иного. В указанном случае ст. 421 ГК уже не действует. А поскольку «иное» должно представлять собой исключительную норму, в ГК необходимо исчерпывающим образом определить, где именно может быть предусмотрено «иное»: в договоре, в законе, в другом правовом или ином нормативном

акте.

По этой причине для открытия возможности установления «иного» в обычае делового оборота необходимо, чтобы такое указание содержалось в самой статье ГК. В этом и состоит правовое значение упоминания об обычае делового оборота в большинстве специальных статей, о которых речь шла выше. Примером может служить ст, 315 ГК. В ней предусмотрено право кредитора отказаться принять досрочно предложенное исполнение и одновременно допускается, чтобы «иное» (т.е. обязанность кредитора принимать досрочное исполнение) было предусмотрено в законе, ином правовом акте, в условиях обязательства или вытекать из обычаев делового оборота или существа обязательства. Если бы в этой статье соответствующий перечень не включал обычаев делового оборота, ссылка должника на то, что в данной области предпринимательской деятельности сложилось и широко применяется правило, по которому должник имеет право на досрочное исполнение, не имела бы значения.

В подтверждение можно сопоставить еще две нормы ГК, в которых упоминание об обычаях делового оборота имеет неодинаковое значение. Так, в силу п. 1 и 2 ст. 474 ГК, если порядок проверки качества товаров не установлен законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями государственных стандартов или договором купли-продажи, проверка качества товара производится в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно применяемыми условиями проверки товара, подлежащего передаче по договору купли-продажи. В указанном случае обычай делового оборота применялся бы и при отсутствии перечисленных норм.

А вот другое правило, взятое из п. 2 'ст. 459 ГК; Имеется в виду, что риск случайной гибели или случайного повреждения товара, проданного во время его нахождения в пути, переходит на покупателя с момента заключения договора купли-продажи. Иное может быть предусмотрено договором или обычаями делового оборота. В этом последнем случае при отсутствии приведенной нормы в ГК ссылаться на обычай делового оборота, содержащий иное, чем предусмотрено в самой этой статье, правило, было бы, очевидно, нельзя.

Наряду с правовым обычаем широко используется на практике существующая наравне с обычаем другая конструкция – деловые обыкновения. По этому поводу И.Б. Новицкий отмечал, что «деловое обыкновение представляет собой не норму права, а особое средство восполнить содержание воли сторон в конкретном правоотношении, если в какой-либо части эта воля не выражена прямо». В отличие от этого «обычай... есть правовая норма и, следовательно, обязателен. Деловое же обыкновение – лишь распространенная, но ни для кого не обязательная практика. Ознакомление с этой практикой позволяет судить о том, как разрешается большинством участников деловых отношений тот или иной вопрос, возникающий при известных обстоятельствах, как «принято» его разрешать»'.

При такой точке зрения остается все же открытым вопрос о правовом значении обыкновенной целесообразности и практической значимости их установления.

Интересные взгляды высказал по этому же вопросу И.С; Зыкин, уделивший в своих работах большое внимание роли «обычаев» и «обыкновений», используемых во внешней торговле2. Его конечные выводы сводятся к необходимости различать общее понятие «обычай» и в его рамках «правовой обычай» и «обыкновения». Первый («правовой обычай») «рассматривается как юридическая норма и подпадает под категорию общего регулирования, в то время как обыкновение не является нормой права. Оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по сделке в случае соответствия их

намерениям. Основанием применения является, таким образом, договор сторон»3. Отмеченная И.С. Зыкиным особенность обыкновений соответствует сложившейся международной практике, в которой оба этих понятия весьма широко используются.

' Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. С. 67.

См., в частности: Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле. М.: Международные отношения, 1983; Он же. Договор во внешнеэкономической деятельности. М-: Международные отношения, 1990; Он же. Внешнеэкономические операции: право и практика. М.: Международные отношения, 1994. 3 Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. С. 43.

Особую позицию занимает Н.Д. Егоров. Он признает «деловыми обыкновениями установившиеся в гражданском обороте правила поведения»'. При этом в качестве примера деловых обыкновений им называются обычно предъявляемые требования, о которых шла речь в ст. 168 ГК64. Описанная точка зрения вызывает определенные возражения, поскольку «деловые обыкновения» по самой своей природе складываются именно в сфере предпринимательской деятельности, в то время как ст. 168 ГК 64, как теперь и ст. 309 ГК, распространялась на любые отношения, включая такие, которые носят бытовой характер. В результате остается неясным, чем деловые обыкновения отличаются от обычаев.

Одна из особенностей делового обыкновения по сравнению с обычаем выражается, очевидно, в правовом значении воли сторон. Обычай существует независимо от нее, и соответственно своей согласованной волей стороны, как правило, могут лишь парализовать действие обычая. В отличие от этого деловые обыкновения применительно к конкретным отношениям приобретают жизнь главным образом при условии, если это отвечает прямо выраженной воле сторон.

Деловые обыкновения включают в себя как общие правила, так и те, которые стали обычными в практике контрагентов, при этом последние обладают приоритетом. Вместе с тем в указанном случае деловые обыкновения могут играть роль правового средства, с помощью которого пробел в договоре восполняется путем его толкования. Имеется а виду, что в силу ст. 431 ГК одним из источников, используемых при толковании договоров, служит «практика, установившаяся во взаимоотношениях сторон».

Основное назначение деловых обыкновений все же состоит в том, что они служат образцом для формирования договорных условий2. Именно такую роль играют разработанные Международной торговой палатой Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс». Этот акт охватывает широкий круг возникающих при международной купле-продаже вопросов, включая распределение транспортных расходов между сторонами, определение момента перехода риска случайной гибели предмета договора с продавца на покупателя, расшифровку различных терминов, применяемых в международной договорной практике. Указанные пра-

Гражданское право. Ч. I. СПб., 1996. С. 33. В Комментарии к Гражданскому кодексу Российской Федерации (Ч. 1. М.:

Юр информцентр, 1995) понятие «обычай» применительно к предпринимательской Деятельности раскрывается как «деловые обыкновения», прочно утвердившиеся в фажданском обороте» (С. 331).

Это обстоятельство справедливо подчеркивает А.Л- Маковский (Иванов Г.Г„ Ма-ковскийА-Л. Указ. соч. С. 33).

вила не входят в состав применимого права, когда им в соответствии с контрактом является право РФ и других стран, законодательство которых стоит на той же позиции. Соответствующие правила в подобных случаях применяются только при условии, если стороны включили отсылку к ним в заключаемый договор.

При этом следует иметь в виду два обстоятельства. Во-первых, сторонам предоставляется возможность помимо общей отсылки к «Инкотермс» (с указанием года соответствующей их редакции) отослать к отдельным из этих правил либо, напротив, при общей отсылке обусловить неприменение к отношениям сторон отдельных пунктов «Инкотермс». Во-вторых, хотя «Инкотермс» разрабатывался и разрабатывается применительно к международной купле-продаже, нет никаких препятствий к тому, чтобы аналогичные отсылки (ко всему сборнику или к отдельным включенным в него правилам) содержались во внутренних договорах'.

Таким образом, и правовой обычай, и деловые обыкновения в равной мере выступают как средство восполнения пробелов в договоре и нормативных актах, но различаются тем, что в первом случае это сделано в виде нормы, применение которой санкционировано волей законодателя, а во втором – независимо от такого санкционирования.

6. ТИПИЗАЦИЯ ДОГОВОРНЫХ ФОРМ

Принципиальная схема договора сводится к тому, что каждая из сторон совершенно свободно выражает свою волю. И тогда, когда выраженные таким образом воли совпадают, т.е. каждая из сторон согласна с предложенной другой редакцией его условий, договор считается заключенным. Указанная система идеальна для разовых сделок. Иное дело, если заключение договора становится частью предпринимательской деятельности одной или обеих сторон. Разработка от начала и до конца условий каждого из сотен, а порой и тысяч заключенных участником оборота договоров в оптовой или розничной торговле, при оказании услуг транспортом общего пользования, при банковском обслуживании, страховании и т.п., а равно заключение, хотя и относительно небольшого числа, но на значительную сумму договоров, связанная с этим необходимость решать сложные технические и финансовые вопросы (пример – договор строительного подряда) – все это потребует затраты больших усилий и длительного времени. К отмеченному следует добавить необходимость решить и основную проблему – уложить сйгласованные сторонами решения в рамки действующего законодательства.

' О применении «Инкотермс» см.: Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс»: Новая редакция: Предисловие Н.Г. Вилковой. М., 1992.

Первый из способов избежать отмеченных последствий состоит в использовании в различных видах типизации договорных форм. Такая типизация связана прежде всего с разработкой примерных образцов. Этому вопросу посвящена, в частности, специальная статья ГК (ст. 427). Указанная статья относится в равной мере к случаям разработки формуляра договора и включения в какой-либо документ отдельных примерных условий договора. Использование примерных форм влечет за собой определенные правовые последствия. В этой связи соответствующая статья указывает на два обязательных признака примерных форм: во-первых, они должны быть разработаны для договоров соответствующего вида, т.е. в необходимых пределах специа-лизированы, и, во-вторых, опубликованы в печати. Последнее связано с безусловной презумпцией; каждый из контрагентов знал о существовании таких примерных форм.

Если учесть, что п. 3 ст. 427 ГК допускает изложение примерных условий в виде примерного договора или любого иного документа, то остается только один решающий признак примерных условий – опубликование в печати. Имеется в виду, что речь идет об их издании в виде отдельной брошюры, на страницах газеты или журнала и т.п. Главное – доступность издания всем и каждому. Именно это дает основания предположить, что потенциальный контрагент к моменту заключения договора был уже знаком с такого рода примерными условиями.

В последние годы стали издаваться различного рода сборники примерных договоров, рассчитанные на применение для отношений главным образом между предпринимателями'. Их авторами являются либо отдельные лица, либо организации, в частности научные или научно-технические институты. Оценивая эту практику, следует иметь в виду, что «примерные договоры», о которых идет речь, представляют собой обычные образцы договоров и в рамки ст. 427 ГК не укладываются.

Статья 427 ГК четко различает две ситуации. Одна из них имеет место тогда, когда стороны включили в свой договор ссылку на конкретные примерные условия. При. другой, более сложной отсылка к каким-либо при-<

Примером может служить «Сборник образцов банковских документов» / Составитель Л.Г. Ефимова М., 1995. В сборнике приведены образцы договоров о доверительном управлении имуществом, поручительстве, залоге валютного депозита, лизинге оборудования, факторинге, кредитном договоре, договоре об открытии и ведении корреспондентского счета а иностранной валюте, об установлении корреспондентских отношений, валютного вклада, депозитного договора, договоров о расчетно-кассовом обслуживании с использованием документов в электронной форме, о сохранении коммерческой и банковской тайны и др.

мерным формам отсутствует, но сами примерные условия (формуляр договора) существуют.

Не вызывает никаких сомнений, что при коллизии примерных условий с теми, которые включены в договор, последние обладают безусловным приоритетом. Следовательно, значение приобретают случаи, при которых отсутствуют и ссылка к определенным примерным условиям (договорам), и конкурирующие с ними условия в самом договоре.

В самой общей форме ответ на поставленный вопрос дан в п. 2 ст, 427, который предусматривает, что а этом случае соответствующие условия рассматриваются как обычай делового оборота, но лишь при условии, если они отвечают общим к нему требованиям, предусмотренным как в ст. 5 ГК (а это означает, что примерное условие должно представлять собой сложившееся и широко применяемое в соответствующей области правило поведения), так и в п. 5 ст. 421 ГК (соответствующее условие не может конкурировать ни с условиями, зафиксированными в договоре, ни с диспозитивной нормой закона).

Нет сомнений в том, что приведенные требования, предъявляемые к примерным условиям, не воспроизведенным в договоре, способны существенно ограничить использование примерных форм. Достаточно указать на то, что если примерные условия соответствуют признакам обычая делового оборота, они будут применены к сторонам и независимо от его соответст* вия признакам, присущим примерным условиям договора.

К этому следует добавить, что в ряде случаев примерные формы договоров утверждаются компетентными органами. Можно привести ряд примеров. Одним из них служат Рекомендации о порядке распоряжения земельными долями и имущественными паями, одобренные Правительством

РФ 1 февраля 1995г.' Таким приложением служат примерные договоры аренды земельной доли (двух- и многосторонние), купли-продажи земельной доли, а также дарения имущественного пая. Рекомендательный характер самого акта и, следовательно, приложений к нему означает, что применение соответствующих примерных договоров зависит от воли сторон. И все же указанные договоры отличаются от обычных примерных тем, что

основаны хотя и не на авторитете силы, но на силе авторитета органа, который их рекомендовал.

Аналогичный характер носят и некоторые утвержденные на более низком уровне примерные договоры. Так, можно указать на утвержденный Правительством Москвы примерный инвестиционный контракт на реконструкцию автозаправочной станции2. Обязательность этого акта для заклю-

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 7. Ст. 534. 2 Вестник мэрии Москвы. 1996. № 7. С. 42.

чающих контракты исключается, поскольку он исходит от органа, в компетенцию которого не входит принятие гражданско-правовых норм, кроме тех которые изданы в пределах, установленных ст. 72 Конституции РФ. Это же относится к утвержденному Правительством Москвы Примерному договору аренды имущественного комплекса автозаправочной станции'.

Во всех перечисленных случаях соответствующие договорные формы носят необязательный для сторон характер, т.е. являются несомненно примерными, разработанными соответствующими органами со специальными оговорками об их природе. Один из них – разосланное Министерством архитектуры. строительства, жилищно-коммунального хозяйства РФ Руководство от 10 июня 1992 г. по составлению договоров подряда на строительство в Российской Федерации, приложением к которому служит договор подряда на строительство. В Руководстве специально подчеркнуто, что соответствующий акт является методической разработкой и не носит директивного характера. По поводу же договора указано, что все использованные в нем положения, сама форма договора, распределение обязанностей приняты условно и могут быть изменены и дополнены по усмотрению сторон2.

Наконец, следует учесть и еще одно обстоятельство. Указание в качестве обязательной предпосылки использования примерных условий их соответствия признакам обычаев делового оборота при буквальном применении соответствующей нормы означает, что п. 2 ст. 427 ГК нельзя применять к отношениям, в которых по крайней мере одна из сторон не является предпринимателем. Между тем именно в этой области, т.е. применительно к договорам граждан, примерные формы используются весьма часто.

С учетом отмеченных обстоятельств имеет смысл учесть и практику;

сложившуюся в отдельных странах, а также в сфере внешнеэкономических связей.

Выступая в деле Schoeder Music Publishing C° Ltd V.MacandIi (1974)3, судья Diplock обратил внимание на существование двух категорий стандартных форм договоров. Первая включает договоры, условия которых хотя и приняли стандартную форму, но представляют собой результат тщательных переговоров между сторонами или, более часто, между организациями, представляющими интересы сторон. Такие договоры широко используются при крупных коммерческих операциях и могут значительно облегчить коммерческую деятельность. Примерами

служат чартеры, страховые полисы и стандартные условия, применяемые для крупных сделок в торговле товарами.

См.: Вестник мэрии Москвы. 1996, X" 7. С. 42. ^См.: Строительство. М.: СТРИКС, 1996. С. 56.

Приведено в кн.: Bradgate R. Drafting Standart Terrms of Trading, Longman.

Другая категория иногда именуется «договорами присоединения». Условия договоров этой категории очень редко согласовываются: вместо этого их подготавливает одна сторона, которая эффективно воздействует на

другую сторону: «Если хотите делать со мной бизнес, Вы должны принять мои условия».

Общим для указанных двух категорий, применяемых и в нашей, и в других странах, служит то, что они направлены на типизацию договорных форм. А существенное различие между этими категориями выражает метод достижения соответствующей цели. При этом корень различий лежит в прямо противоположном отношении к принципу свободы договоров.

Типизация при первом варианте целиком укладывается в рамки указанного принципа, а при втором вступает с ним в коллизию, что должно найти отражение в правовом регулировании договоров'.

Примерные условия имеют кое-что общее и наряду с этим принципиальные особенности по сравнению со «стандартными условиями», используемыми а международной торговле. Так, п. 2 ст. 2.19 Принципов международных коммерческих договоров называет стандартными условиями «положения, подготовленные одной стороной предварительно для общего и

неоднократного использования и применяемые фактически без переговоров с другой стороной»2.

Учитывая требования, предъявляемые к стандартным условиям как таковым, комментаторы Принципов международных коммерческих договоров отмечают: «Решающим является не то, как они представлены по форме, например, содержатся ли они в отдельном документе или в самом договоре, напечатаны ли они типографским способом или хранятся только в памяти компьютера и т.п., а также не то, кем они подготовлены (самой стороной, предпринимательской или профессиональной ассоциацией и т.п.), и не их объем (включают ли они полный набор условий, покрывающих почти все существенные аспекты договора или только одно или два условия, относящиеся, например, к исключению ответственности и Арбитражу). Решающим является тот факт, что они разработаны предварительно для общего и повторяемого использования и что они фактически используются в данном случае одной стороной без переговоров с другой стороной. Последнее требование безусловно относится только к стандартным условиям как таковым, которые другая сторона должна акцептовать в целом, в то время как

другие условия этого же договора вполне могут быть предметом переговоров между сторонами»3.

' См, ст. 11 гл. III.

2 Принципы международных коммерческих договоров. С. 64-65.

3 Там же. С. 65.

Соотношение между примерными и стандартными условиями можно проиллюстрировать на примере трех вариантов, которые могут возникнуть при использовании тех и других на практике. Предположим, что стороны пришли к выводу о необходимости воспроизвести в договоре

соответствующие примерные условия или поместить в договоре отсылку к ним. Статья 427 ГК (п. 1), допуская такой вариант, предполагает, что при этом происходит превращение примерных условий, благодаря их воспроизведению или отсылке к ним в договоре, в договорные условия- Аналогичный ответ следует и применительно к стандартным условиям в международной торговле, которые выступают в виде различного рода проформ. По этому поводу было высказано весьма интересное положение. Так, К. Шмиттгофф указывал: «Общим для всех разновидностей типовых проформ является их применение только по соглашению сторон договора купли-продажи, а также возможность внесения в них изменений договаривающимися сторонами»'. Это означает, что соответствующий вариант различий не исключает.

И примерные условия по ГК, и стандартные условия международной торговли рассматриваются в качестве предложения заключить договор. Соответственно должен последовать аналогичный ответ и применительно ко второму варианту, когда договором предусмотрен прямой отказ от соответствующих условий: и «примерные» и «стандартные» условия в таком случае во внимание не принимаются2.

Расхождения появляются при третьем варианте. Он предполагает, что в договоре отсутствует какое бы то ни было упоминание (в позитивном или в негативном смысле) о стандартных или примерных условиях. Применительно к стандартным условиям международной торговли, как это вытекает из приведенного их определения, все сводится к тому, что тогда вступает в действие «стандартное условие». В основе такого вывода лежит неоспоримая презумпция: поскольку стороны знали о соответствующем условии, они своим молчанием подтвердили желание иметь такое условие в договоре. Значит, та же формула будет звучать иначе: «Приходите, заключим договор на моих условиях, если не убедите меня в ином».

Иное решение приведено применительно к примерным условиям в ГК. Пункт 2 ст. 427 Кодекса признает, что при отсутствии отсылки к ним в до-

Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М.: Юрид, лит., 1993. С. 51. Интерес представляет одно из дел, рассмотренных в свое время ВТАК. В нем шла

речь о рукописном (машинописном) исправлении Типографского формуляра. Было признано, что исправленный вариант пользуется преимуществом (см.: Розенберг М.Г. Толкование договоров в практике Внешнеторговой Арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате//Внешняя торговля. 1981. № 3. С. 41-42).

говоре они могут применяться к отношениям сторон в качестве обычая делового оборота. Правда, в этом качестве ими можно руководствоваться только при их соответствии требованиям, содержащимся в п. 1 ст. 5 и в п. 5 ст. 421 ГК. Такое указание несомненно сужает основание применения примерных условий, поскольку суд должен предварительно установить, можно ли рассматривать условие, о котором идет речь, как «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности».

Есть, однако, и еще одно принципиальное различие. Примерное условие, которое не было воспроизведено в договоре, с точки зрения очередности его применения стоит на последнем месте. Это означает, что им можно руководствоваться только в случае, если по своему содержанию оно не

противоречит не только императивной, но и диспозитивной норме ГК (это вытекает из п. 5 ст. 421 ГК).

Следует отметить, что стандартные условия, о которых шла речь, весьма широко распространены в международной, а также национальной практике ряда стран. Так, К. Шмиттгофф', имея в виду Англию в качестве разработчика важнейших стандартных договоров, только в отношении готовых изделий (шерсть, какао, хлопок, джут, металлы, каучук, сахар и др.) назвал 12 специализированных ассоциаций. В той же книге упоминаются в качестве наиболее известных девять общих условий и проформ, разработанных Европейской Экономической Комиссией ООН, а также специально выделено несколько проформ и общих условий, разработанных в рамках других международных организаций и ассоциаций.

Одну из проформ составляет Правовое руководство по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов, разработанных в рамках ЮНСИТРАЛ. Об объеме рекомендаций по использованию стандартизированных условий в нем можно судить по тому, что в Правовом руководстве освещены вопросы, связанные с процедурой заключения контракта, передачей технологии, определением цены и условий платежа, поставкой оборудования и материалов, субподрядом, проверкой и испытаниями в процессе производства, с переходом риска, передачей собственности, страхованием, обеспечением исполнения обязательств, возмещением убытков, ответственностью сторон, приостановлением строительства и др.

Таким образом, на наш взгляд, в будущем предстоит создание особого режима именно для стандартных договорных условий и формуляров, имея в виду, что такие стандартные условия должны презюмироваться как согласованные сторонами со всеми вытекающими отсюда последствиями.

' См.: Шмиттгофф К. Указ. раб. С. 51-52.

Первые шаги в этом направлении уже сделаны. Так, п. 3 ст. 940 ГК предоставляет страховщику при заключении договоров страхования право применять разработанные им или объединением страховщиков стандартные формы договора (страхового полиса) по отдельным видам договоров. Естественно, что для разработки примерных форм в режиме ст. 427 ГК участники гражданского оборота не нуждаются в закреплении за ними особого права, в частности по соглашению между собой стороны могут включать любое не противоречащее закону положение, в том числе и без его воспроизведения, путем простой отсылки. Соответственно приведенная статья имеет значение при создании для такого рода стандартных форм, а равно при перевозках, купле-продаже отдельных объектов, оказании услуг органами связи и т.п. особого режима, о котором шла речь.

При этом следует иметь в виду, что действующее гражданское законодательство содержит определенные гарантии для контрагентов стороны, разработавшей стандартные условия. Имеются в виду нормы, составляющие содержание ст. 428 ГК. Эта последняя, что представляется весьма важным, в принципе допускает использование договоров присоединения и вместе с тем ограждает от посягательств права и законные интересы контрагентов, в том числе и тех, кто заключает такой договор на основе стандартной формы в рамках предпринимательской деятельности. При создании такого специального режима будет иметь значение и такая новелла, которая, подобно статье 2.20 Принципов международных коммерческих договоров, предоставит контрагенту право оспорить содержащееся в стандартной форме «неожиданное условие» – то, которое «сторона не могла бы разумно ожидать».

В отношениях между организациями, а Также организациями и гражданами в течение длительного времени широко использовались типовые договоры. Их разрабатывали применительно ко всему определенному виду договоров, либо к одной из его разновидностей, либо к определенному виду

товаров, работ или услуг.

Типовые договоры, и в этом смысле они могут конкурировать с примерными условиями, призваны упростить процесс заключения конкретных договоров, что может оказаться важным в случаях, когда предполагается массовое использование на практике однотипных договорных форм.

Однако существует весьма важное отличие типовых договоров от примерных, Заключая конкретный договор на основе примерного, стороны свободны в выборе любого иного, отличного от примерного договора, варианта. Иное дело – типовые договоры, утверждаемые государственным органом, который в силу своей компетенции вправе устанавливать обязательные для сторон правила и именно так поступает, утверждая Типовой

договор. Таким образом, с точки зрения его юридической сипы, нет оснований для противопоставления типового договора другим актам органа, утвердившего типовой договор. По этой причине в вертикальной иерархии любой типовой договор в зависимости от того, кто именно его утвердил, занимает одно место с постановлением Правительства или актом министерства, иного органа исполнительной власти.

При этом отмеченный признак – обязательность – имеет ключевое значение. Именно он определяет природу и режим соответствующей формы. По этой причине название договора само по себе значения не имеет.

Пока еще примерные условия используются в основном в таких же случаях, что и ранее. Вместе с тем иногда они заменяют собой типовые договоры и иные правовые акты (отдельные содержащиеся в них нормы). Интерес в этом смысле представляют Правила поставки газа потребителям российской Федерации, утвержденные Постановлением Правительства РФ 30 декабря 1994 г.1 В них содержится указание на то, что настоящие Правила определяют отношения между поставщиком, потребителем и газораспределительной организацией за исключением раздела VIII, содержащего примерные условия, обязательные для всех юридических лиц, участвующих в отношениях поставки-потребления газа.

Можно привести некоторые другие случаи таких же договоров.

Типовые договоры могут состоять из двух видов условий. Одни из них устанавливают права и обязанности сторон, в то время как другие определяют, какие условия, а в отдельных случаях и как должны фиксироваться в договоре.

Соответственно существовавшие до последнего времени типовые договоры выступали в одной из трех форм. Первая из них состояла в том, что типовой договор представлял в законченном виде самостоятельный нормативный акт. Так, например, вместо издания правил, положения или иного подобного акта Совет Министров РСФСР Постановлением от 1 февраля 1964 г. утвердил различные типовые договоры бытового подряда и бытового заказа2. Аналогичную роль играл Типовой договор на передачу предприятиями и организациями своих научно-технических достижений другим предприятиям и организациям и на оказание им помощи в использовании заимствованного и передового опыта, утвержденный Госкомитетом по науке и технике СССР 12 января 1978 г.3

1 Собрание законодательства российской Федерации. 1995. № 2. Ст. 152.

2 См.: СП РСФСР. 1965. № 1, Ст, 2.

3 См.; Сборник нормативных актов по гражданскому законодательству. Ч; 2. М.:

Юрид.лит., 1984, С. 185-188.

Можно сослаться также на ряд утвержденных Госснабом СССР Примерных договоров на поставку продукции по прямым длительным хозяйственным связям, на

Типовые договоры подобного вида могут быть утверждены и на более низком уровне – том, на котором принимаются нормативные акты, указанные в п. 7 ст. 3 ГК (имеются в виду акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти). Например, Договор на сдачу Госкомимуществом РФ в аренду зданий, объектов, сооружений и нежилых помещений, являющихся федеральной собственностью, утвержденный Госкомимуществом РФ'.

При второй форме Типовой договор выступает в качестве приложения к определенному нормативному акту и в основном воспроизводит отдельные его пункты, преобразованные в присущую договорам модель. Так, например, приложением к Типовому положению «О порядке заключения хозяйственных договоров и выдачи внутриминистерских заказов на проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ», утвержденному Государственным комитетом СССР по науке и технике от 5 августа 1969 г.2, служил одноименный типовой договор.

Наконец, при третьей форме все ее значение сводилось лишь к указанию граф, включающих существенные условия конкретного договора. Таким традиционно был типовой годовой договор подряда на капитальное строительство, составлявший приложение к Правилам о договорах подряда на капитальное строительство. Все его содержание сводилось к наименованию сторон, указанию их адресатов, платежных реквизитов, а также к установлению стоимости поручаемых подрядчику по договору работ3,

Типовой договор, предполагающий непосредственную трансформацию норм в договорные условия, дает возможность органу, который утвердил типовой договор, осуществлять более широкий контроль за складывающейся договорной практикой. Если к этому добавить, что отступления от типового договора признаются недействительными в силу ст. 168 ГК («Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам»), есть основания сделать вывод, что типовой договор с его ог-

организациго материально-технического снабжения производственного объединения (комбината), предприятия, на комплектование оборудованием и изделиями строящегося и реконструируемого предприятия Союзглавкомплектов (см. соответственно: Сборник нормативных актов по материально-техническому снабжению. 4.2. М.: Юрид. лит., 1976. С- 130-139, 142-149, а также: Сборник нормативных актов по гражданскому законодательству. Ч. 2. С. 54-56).

См.: Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств Российской Федерации. 1994.№3.

См.: Сборник нормативных актов по гражданскому законодательству. Ч. 2. С. 176 и ел, ' .,•••• . '

См., например: Сборник нормативных актов по хозяйственному законодательству. М.: Юрид. лит., 1969. С. 379.

раничениями сферы свободного волеизъявления контрагентов может вступить в определенное противоречие с требованиями рыночного хозяйства.

Учитывая это обстоятельство, ГК, в отличие от своего предшественника, ни разу не включил в главы,

посвященные отдельным видам договоров, отсылки к типовым договорам'. Новый Кодекс упоминает о типовых договорах лишь однажды и применительно к специфической ситуации. Имеются в виду публичные договоры, для которых именно детализация создает гарантии для потребителя. Пункт 4 ст. 426 ГК допускает принятие Правительством РФ правил, обязательных для сторон, которые заключают публичный договор, только в случаях, предусмотренных законом. В качестве возможной разновидности таких правил наряду с положениями и т.п. названы типовые договоры. Поскольку приведенная норма носит исключительный характер, можно сделать вывод, что утверждать типовой договор, предполагающий заключение на его основе именно публичного договора, должно Правительство РФ. Во всех остальных случаях утверждать такой договор может любой из органов, указанных в ст. 3 ГК, и в порядке, предусмотренном в той же статье для издания соответствующим органом гражданско-правовых норм.

Отсылка к типовым договорам лишь в крайне редких случаях используется законодателем. Одно из немногих исключений составляет Закон «О государственном регулировании в области добычи и использования угля, об особенностях социальной защиты работников организаций угольной промышленности» от 17 мая 1996г.2 Статья II Закона предусматривает, что «Типовые условия долгосрочных договоров поставки угля и(или) продукции его переработки определяются Правительством Российской Федерации».

7. ХАРАКТЕР НОРМ ДОГОВОРНОГО ПРАВА

Поведение контрагентов регулируется как самим договором, так и распространяющими на него свое действие нормативными актами, В первом случае регуляторы поведения сторон создаются их собственной аолей. Во втором -- такой же регулятор выражает исключительно волю органа, принявшего нормативный акт. Именно такой характер носят императивные нормы.

Промежуточное положение занимают регуляторы, созданные в результате совместной воли компетентного органа власти или управления, с одной стороны, и согласованной воли самих контрагентов – с другой. К числу таких регуляторов относятся прежде всего диспозитивные нормы.

' См.: о них п. 6 гл. III. 2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 26. Ст. 3033.

Имеется в виду, что контрагенты по соглашению между собой включают в договор либо созданную (выбранную) ими модель поведения, либо модель, которая в качестве альтернативы предложена принявшим диспозитивную норму органом. В последнем случае воля сторон может быть определена любым образом. Чаще всего это происходит в форме молчания, признаваемого, по аналогии с п. 3 ст. 158 ГК, согласием с правилом, выраженным в диапозитивной норме.

В отличие от императивных норм, исключить действие которых можно только путем отказа от заключения договора, норма диспозитивная допускает признание договора заключенным вне зависимости от отношения сторон к самой норме, т.е. согласны ли они с нею или отступили от нее. Это связано с тем, что отступление от правила, зафиксированного в императивной норме, противоправно, а от такого же правила диспозитивной нормы правомерно, поскольку возможность подобного отступления не только не противоречит норме, но и прямо предусмотрено ею.

Диапозитивные нормы призваны восполнять пробелы в тексте договора, образовавшиеся из-за отсутствия в нем решений по соответствующим вопросам. Такого рода нормы основаны на

презумпции: зная о предоставленной им законодателем возможности самим выбрать любой вариант, контрагенты сознательно остановились именно на том, который предложен в качестве запасного диспозитивной нормой.

Указанная презумпция является неоспоримой. Это означает, что действие диспозитивной нормы не может быть исключено ссылкой одной стороны на то, что при заключении договора соответствующий вариант контрагентами вообще не обсуждался и, более того, обе стороны, или по крайней мере одна из них, не знали о существовании самой нормы.

Обычным атрибутом диспозитивной нормы служит формула: «если в договоре не предусмотрено иное». С нее обычно начинается или ею кончается текст нормы.

Диспозитивная норма по общему правилу является общей в том смысле, что как таковая она действует во всех случаях, и, подобно императивной норме, непосредственно, Примером может служить ст. 659 ГК, в силу которой подготовка предприятия к сдаче его в аренду, включая составление и представление на подписание передаточного акта, – обязанность арендодателя и соответственно осуществляется за его счет, если иное не предусмотрено договором.

Однако нередко такие же диспозитивные нормы имеют более сложный характер. Так, п. 1 ст. 394 ГК предусматривает, что в случаях установления за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства неустойки Убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой.

Вместе с тем возможны ситуации, при которых законом или договором допускается взыскание только неустойки, но не убытков; либо убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки; либо по выбору кредитора взыскивается или неустойка, или убытки.

Приведенная норма предоставляет сторонам возможность выбрать любой вид неустойки, но только при условии, если закон не предусмотрел какой-либо один определенный ее вид, притом сделал это в форме императивной нормы. Такой же условный характер носит и норма п. 1 ст. 888 ГК, которая возлагает на поклажедателя, не передавшего вещь на хранение в предусмотренный договором срок, ответственность перед хранителем за убытки, причиненные в связи с несостоявшимся хранением, если иное не предусмотрено законом или договором.

Диспозитивные нормы, которые представляют собой одну из закрепленных за участником гражданского оборота гарантий свободного волеизъявления, вместе с тем имеют весьма важную особенность юридико-технического характера. Они освобождают стороны от необходимости включать в договор условия, воспроизводящие правило поведения, зафиксированное в норме, в случае их с ним согласия.

Наконец, следует иметь в виду, что выбор диспозитивной нормой определенного варианта из множества возможных не случаен. Он, как правило, основан на обобщении договорной практики и в этом смысле представляет собой типичное, многократно проверенное решение. Отмеченное обстоятельство учитывается при разрешении преддоговорных споров. Судебные органы имеют полное основание исходить из предположения: диспози-тивная норма содержит оптимальный вариант. В этой связи сторона, которая предлагает иное, должна доказать преимущества предложенного ею варианта договорного условия.

Диспозитивные нормы, несомненно, в наибольшей степени соответствуют сущности отрасли гражданского права, созданной для регулирования рыночных отношений. Вместе с тем в составе

гражданского законодательства – и это в полной мере относится к его институтам, посвященным договорам, – немало императивных норм.

В отличие от диспозитивных норм императивные не имеют внешней атрибутики. Сам способ изложения нормы, и, в частности, отсутствие ссылки на возможность предусмотреть в договоре иное, должны свидетельствовать об ее безусловной обязательности для контрагентов.

Императивные нормы носят абсолютно обязательный характер и, в частности, конкурируют с руководящим принципом гражданского права -свободой договоров, закрепленным в ст. 421 ГК, В этой связи в самой указанной статье применительно к обоим аспектам свободы договоров – сво

боды заключения договора и свободы выбора определенной его модели (отдельных ее элементов) – содержится указание на приоритет закона по отношению к нормам не только закрепляющим, но и выражающим принцип свободы договоров.

Вместе с тем следует иметь в виду, что отличие рыночного хозяйства от хозяйства, основанного на жестком планировании и других столь же жестких способах регулирования со стороны государства, состоит не только в количественном соотношении императивных норм договорного права по отношению к диспозитивным (достаточно указать, что в первой и второй частях нового ГК в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, оказалось около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных), а в целевой направленности императивных норм.

При оценке сущности императивных норм следует исходить из того, что они представляют собой особую форму, которую принимает публичное начало в гражданском праве. В самом общем виде соответствующее начало, имеющее исключительно важное значение для характеристики наиболее существенных изменений, которые претерпело современное гражданское законодательство страны, закреплено в командных статьях, с которых начинается Кодекс. Подразумевается провозглашение в них равенства участников отношений, неприкосновенности собственности, свободы договоров, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, признание граждан и юридических лиц свободными в установлении прав и обязанностей на основе договора и в определении любых, не противоречащих законодательству условий договора и др.

Однако не меньшее значение имеет и прямо противоположная задача:

ограничение в необходимых случаях свободы волеизъявления заключающих договор участников оборота. Речь идет о ряде причин, вынуждающих государство вводить соответствующие ограничения. На одну из них справедливо указал Р.З. Лившиц; «В природе рынка ...социальная защищенность человека просто не заложена. Чтобы обеспечить подобную защищенность, ее нужно ввести извне. В этом одно из важнейших направлений деятельности государства и права как средства сохранения стабильности общества. Вот почему государственно-правовое вмешательство в экономику необходимо, ибо оно несет в себе социальную защищенность человека. Мера вмешательства государства и права, формы вмешательства здесь различны, они зависят от состояния общества»'.

Ограничение свободы волеизъявления проявляется в принятии законодателем обязательных для сторон правил, которые приобретают различную форму. Они могут выражаться в том, что законодатель либо возлагает на

' Лившиц Р.З. Теория права. М.: БЕК, 1994. С. 178,

стороны обязанность заключить договор, либо предоставляет сторонам возможность выбрать только строго определенную модель договора, либо формулирует обязательную для сторон редакцию определенного договорного условия, либо, напротив, запрещает включение в договор определенного условия, исключает возможность определенных категорий субъектов заключать договоры и др.

В самом общем виде ограничение автономии воли при заключении договора может быть сведено к троякого рода целям. Потребность во внесении публичного начала в договорное регулирование путем принятия императивных норм возникает при необходимости защитить интересы слабой (слабейшей) стороны в договоре, интересы третьих лиц (прежде всего реальных или потенциальных кредиторов), а также защитить действующий в стране правопорядок и иные имеющие особую общественную значимость ценности. В обобщенном виде можно представить себе все указанные цели как прямое выражение социального, в том числе экономического, назначения права как такового.

Важно подчеркнуть, что любая из императивных норм в конечном счете предназначена обеспечить достижение какой-либо из указанных выше целей.

Не случайно поэтому в исторически первом урегулированном правовыми нормами рыночном хозяйстве, – имеется в виду экономика Древнего Рима – были созданы необходимые условия для государственного вмешательства в частную сферу. Более того, именно в праве Древнего Рима была определена триединая цель государственного вмешательства.

Достаточно указать прежде всего на правила, защищавшие интересы слабой стороны в договоре, в частности той, которая вынуждена была продать свою вещь дешево в силу тяжелых обстоятельств. Соответствующее правило (laesio enormis) допускало оспаривание договора по указанному основанию. Необходимо было лишь доказать, что за товар получено менее половины его стоимости.

Второй цели служил Паулианов иск, и в частности требование, которое было направлено против тех, кто в преддверии ожидавшегося конкурса распродавал свое имущество, чтобы оно не попало в конкурсную массу.

И наконец, третья цель. Имеется в виду, что римское право считало обязательным для себя защиту интересов гражданского общества в целом и в этой связи вводило нормы, которые предусматривали необходимость признания недействительными договоров, которые противоречили не только правопорядку, но и общественным нравам.

В современном праве нашей страны необходимость защиты интересов слабейшей стороны в договоре влечет за собой прежде всего создание спе

I

циального правового режима участия в договорных связях потребителя. Речь идет об отдельных новеллах ГК – таких, как ст. 426, посвященная публичным договорам, и ст. 428 – выделившая договоры присоединения, статьи, посвященные бытовому подряду и розничной купле-продаже, ренте, пожизненному содержанию с иждивением и др., а равно о находящихся за пределами Кодекса – нормах закона и иных правовых актов о защите прав потребителей, к которым отсылают п. 3 ст. 492 и п. 3 ст. 730 ГК. При этом имеются в виду, как уже созданные акты, так и те, которые предстоит принять.

Однако этим круг норм, направленных на достижение отмеченной цели, не исчерпывается. Так, можно указать на ряд статей ГК, которые предоставляют право оспаривать действительность сделок

(договоров) лицу, находившемуся в момент совершения сделки в состоянии, при котором он не был способен понимать последствия своих действий или руководить ими, либо лицам, которые заключили сделку (договор) под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения их представителя с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств, либо лицу, ограниченно дееспособному вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами.

Непосредственно на защиту интересов слабейшей стороны направлено правило о недействительности сделки, заключенной лицом вынужденно, вследствие стечения тяжелых обстоятельств, на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (ст. 179 ГК).

В ряде случаев обеспечение защиты интересов слабейшей стороны достигается предоставлением ей дополнительных прав, льгот или гарантий. В силу особенностей договорного правоотношения как такового это делается всегда за счет соответствующего умаления прав и интересов другой стороны.

Примером может служить наделение суда правом уменьшить размер неустойки в случаях, когда она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства (ст. 333 ГК), отказать в обращении взыскания на заложенное имущество, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя по этой причине оказался явно несоразмерным стоимости заложенного имущества (п. 2 ст. 348 ГК), или по просьбе залогодателя в решении об обращении взыскания на заложенное имущество предусмотреть отсрочку его продажи с публичных торгов на время до одного года (п. 2 ст. 350 ГК). В некоторых случаях законодатель идет так далеко, что право суда защитить интересы слабейшей стороны превращается в его обязанность поступить подобным образом. Примером может служить необходимость признания

судом недействительным соглашения, ограничивающего право залогодателя завещать свое имущество (п. 2 ст. 346 ГК), В данном и во всех других подобных случаях защищаются одновременно интересы и стороны, и третьего лица (например, наследника).

Наиболее последовательно идея приоритетной охраны интересов слабейшей стороны проявляется в посвященных защите прав потребителей нормах, которые содержатся в самом ГК (речь идет, в частности, о статьях о договорах розничной купли-продажи, бытового подряда, а также о специальных актах, регулирующих вопросы охраны прав потребителей). Заслуживают быть особо отмеченными в этом смысле также нормы главы ГК о ренте и пожизненном содержании, последовательно направленные на защиту интересов ее получателя.

Нередко ГК предусматривает различные решения одних и тех же вопросов в зависимости от того, о какой именно стороне в договоре идет речь. Так, в аналогичных ситуациях при одностороннем отказе от исполнения договора возмездного оказания услуг последствием служит обязанность полностью возместить контрагенту все причиненные убытки, если отказ исходит от исполнителя, и возместить контрагенту лишь фактически понесенные расходы, если отказывается от договора заказчик, в роли которого выступает нуждающийся в особой защите потребитель (ст. 782 ГК).

Законодатель нередко учитывает, что в положении слабейшей в различных условиях может оказаться то одна, то другая сторона. Примером может служить п. 1 ст. 349 ГК, который предоставляет залогодержателю возможность при наличии соответствующего нотариально удостоверенного соглашения удовлетворять требования за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд. ГК принял во внимание, что в момент получения кредита и обеспечения его залогом слабейшая

сторона – лицо, обратившееся за получением ссуды. А потому заключение в этот момент указанного соглашения, удовлетворяющего интересы именно залогодержателя, могло бы задеть интересы ссудополучателя (залогодателя). Соответственно такое соглашение будет признано действительным только при условии, если уже выяснилось, что должник в назначенный срок долга не погасил. Имеется в виду, что в это время должник-залогодатель уже перестал быть слабейшей, нуждающейся в особой защите стороной.

С другой целью – защиты интересов кредиторов – связана устойчивость гражданского оборота в целом. По этой причине на достижение указанной цели направлены многие нормы ГК, помещенные как в первой, так и во второй его части, Примером могут служить выраженные в виде императивной нормы правила, относящиеся к солидарным обязательствам (ст. 322-326), правила, предусматривающие необходимость получения согласия кре

дитора на перевод должником своего долга на другое лицо (п. 1 ст. 391), предоставляющие кредитору во всех случаях нарушения или возникновения денежного обязательства право требовать уплаты процентов в указанном в ст. 395 ГК размере и порядке, и др.

Особые гарантии для кредиторов создаются также императивными нормами, которые предусматривают необходимость для того, кто предполагает продать свое предприятие, направить кредиторам извещение о предстоящей продаже и получить от них согласие под страхом наступления указанных в ст. 562 ГК неблагоприятных для продавца последствий. Аналогичное положение содержится в ст. 657 ГК («Права кредиторов при аренде предприятия»). Наконец, можно указать на гарантии прав кредиторов при реорганизации юридического лица: речь идет об обязанности направить соответствующее письменное уведомление его кредиторам, имея в виду наделение последних правом требовать прекращения или досрочного исполнения обязательств и возмещения возникших убытков (ст. 60 ГК). Во всех трех ситуациях кредиторам предоставляются и другие гарантии.

Интересам прежде всего кредиторов служат статьи, направленные против возможного освобождения от ответственности должников. Имеются в виду признание ничтожным согласия участников полного товарищества на ограничение или устранение их ответственности перед кредиторами (п. 3 ст. 75 ГК), а также признание солидарной ответственности участников простого товарищества по всем общим обязательствам независимо от оснований их возникновения (п. 2 ст. 1047 ГК). В последнем случае, правда, не установлена ничтожность договорного условия, предусматривающего «иное». Однако это нисколько не сужает пределов защиты интересов кредиторов, поскольку общий принцип состоит в том, что, если даже в императивной норме закона отсутствует указание на ничтожность сделки, при заявлении соответствующего требования кредитором все равно будет применена соответствующая норма, а не отличное от нее договорное условие (т.е. последнее будет признано таким же ничтожным).

В конечном счете именно необходимость защитить интересы кредиторов (контрагентов) вызвала появление законодательства о банкротстве юридических лиц и граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без создания юридического лица, включая различного рода специальные правила, которые регулируют порядок и последствия банкротства, в том числе ограничения действий соответствующего лица, связанных с распоряжением принадлежащим ему имуществом.

Так, в силу ст. 18 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» с момента признания должника

несостоятельным (банкротом) ему запрещается передача либо другое отчуждение имущества (кроме случаев, когда необ-

ходимое разрешение на отчуждение дано собранием кредиторов) в погашение своих обязательств; сроки исполнения всех долговых обязательств должника считаются наступившими, а все претензии имущественного характера с этого момента могут быть предъявлены должнику только в рамках конкурсного производства. Такую же цель – защиту интересов кредитора -- преследуют отдельные статьи раздела VI того же Закона, посвященные неправомерным действиям должника, в частности продаже или внесению в качестве залога части имущества, полученного в кредит и неоплаченного.

Так же, как это имеет место в отношении слабейшей стороны, целям защиты интересов оборота служат нормы о признании при определенных случаях действительными договоров, которые противоречат соответствующим требованиям. В частности, имеется в виду возможность «исцеления» сделок, заключенных с нарушением требований об их обязательной нотариальной форме в ситуациях, когда одна из сторон полностью или частично исполнила свои обязательства, а в соответствующих случаях и при нарушении правил об обязательной государственной регистрации (п. 3 ст. 165 ГК), либо предоставление родителям, усыновителям или опекунам права требовать признания судом действительной сделки, совершенной малолетним, если только она заключена к выгоде малолетнего (п. 2 ст. 172 ГК).

Частным случаем защиты интересов гражданского оборота служит защита интересов конкретных третьих лиц. Примером может служить включенная в главу о договоре банковского счета ст. 855 ГК, устанавливающая очередность списания денежных средств со счета.

Среди других целей императивных норм особое место занимает защита интересов государства и общества, в конечном счете – защита установленного в стране правопорядка.

Можно и в этом случае прежде всего указать на некоторые нормы о сделке, и в частности на те нормы, которые устанавливают применительно к отдельным случаям требования к форме сделок (ст. 158 ГК), государственной их регистрации (ст. 164 ГК), нормы о признании ничтожными мнимой и притворной сделок (ст. 170 ГК). Следует особо выделить впервые появившуюся в ГК общую норму, которая признает ничтожными сделки, противные основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК),

Аналогичные нормы содержатся и за пределами ГК, Так, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 30 декабря 1994 г., Правила поставки газа потребителям' предусматривают определенные санкции на случай неполного использования потребителями указанного в договоре объема газа и одновременно недопустимость применения соответствующих санк-

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 2. Ст. 152.

ций, если указанное последствие произошло в случаях снижения газопотребления за счет внедрения мероприятий по ресурсосбережению.

Вместе с тем сфера действия подобных норм, защищающих интересы государства (общества), после принятия ГК оказалась суженной, что соответствует общим тенденциям в экономике и в ее правовом регулировании. Примером может служить отмена материальной ответственности за весовой и объемный недогруз вагонов и контейнеров при перевозках грузов по железным дорогам'.

Выше приводились взятые из разных глав ГК примеры, подтверждающие направленность

императивных норм на ту или иную из указанных целей. Однако существует возможность проиллюстрировать стремление законодателя обеспечить комплекс соответствующих целей на примере одной и той же статьи. Имеется в виду, что в рамках ст. 575 ГК («Запрещение дарения») можно выделить нормы, защищающие интересы слабой стороны (запрещение дарения от имени малолетних и граждан, признанных недееспособными, их законными представителями – п. 1 указанной нормы), интересы кредиторов (запрещение дарения в отношениях между коммерческими организациями – п. 4), а равно интересы государства и общества (запрещение дарения государственным служащим и служащим органов муниципальных образований в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей, а также работникам лечебных, воспитательных учреждений, учреждений социальной защиты и других аналогичных учреждений гражданами, находящимися на лечении, содержании или воспитании, супругами и родственниками этих граждан – п. 2 и 3).

Сосуществование диспозитивных и императивных методов регулирования рынка служит, таким образом, непременным условием его нормального функционирования. В этой связи гипертрофия диспозитивных норм, как и любая иная, не является достоинством законодательства. Не случайно, отмечая диспозитивный характер большинства норм американского договорного права, В.П. Мозолин и Е.А.Фарнсворт в совместно написанной ими книге усматривали в этом одновременно источник как силы, так и слабости американского права2.

Общепризнанное двучленное деление норм на императивные и диспо-зитивные в действительности не охватывает всего относящегося к догово-

См. Постановление Правительства Российской Федерации от 20 февраля 1995 г. «Об отмене материальной ответственности за весовой и объемный недогрузы вагонов и контейнеров при перевозках грузов по железным дорогам» (Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 9. Ст. 754).

См.: Мозолин В.П.. Фарнсворт Е.А. Договорное право в США и СССР: История и общие концепции. М.; Наука, 1988. С, 57 и ел.

рам правового массива. Речь идет о существовании в нем еще и третьего вида регулирующих договор норм. Имеются в виду факультативные нормы. Последние отличаются тем, что для их вступления в силу необходимо положительным образом выраженное согласие сторон.

Хотя удельный вес факультативных норм в договорном праве и невелик, их существование и особенности имеют принципиальное значение. Так, например, п. 1 ст. 922 ГК закрепляет за поклажедателем право хранения ценностей с использованием поклажедателем (клиентом) или с предоставлением ему банком индивидуального сейфа (вариант – ячейки сейфа, изолированного помещения в банке) только при условии, если это предусмотрено договором. Пункт 2 ст. 592 ГК, посвященный ограничению прав плательщика на выкуп постоянной ренты, вступает в действие при наличии в договоре специальных условий, запрещающих выкуп ренты на протяжении жизни получателя либо в течение определенного срока (не превышающего 30 лет). Такой же факультативный характер носят нормы, включенные •В п. 1 ст. 851 (клиент обязан оплачивать услуги банка по совершению операций с денежными средствами, которые находятся на счете клиента, только в случаях, предусмотренных в договоре).

Наряду со статьями об отдельных видах договоров, помещенными в разделе IV ГК, есть такие же

факультативные нормы и в части I ГК. Примером может служить п. 1 ст. 76, который допускает установление договором того, что полное товарищество вправе продолжить свою деятельность в случаях выхода из него или смерти кого-либо из участников, признания участника безвестно отсутствующим, недееспособным или ограниченно дееспособным, несостоятельным (банкротом).

Диспозитивные нормы по общему правилу обладают определенными преимуществами перед нормами факультативными. В отличие от первых вторые сами по себе не способны устранять неопределенность во взаимоотношениях сторон в случаях, когда пробелы в договоре обнаруживаются на стадии его исполнения или рассмотрения судом спора, возникшего по поводу нарушения договора. В этой связи замена факультативных норм диспозитивными все же (опять-таки по общему правилу) заслуживает поддержки, чего нельзя сказать об обратном процессе – замене диспозитивных норм факультативными.

Ключевую роль для стоящего перед законодателем выбора между дис-позитивной и факультативной нормами играет предположение о значимости, которую может иметь определенное условие для договоров данного вида (типа). Если есть основания предположить, что договор не может существовать без того, чтобы стороны не выразили прямо отношения к соответствующему вопросу, принимается диспозитивная норма. И наоборот,

если вопрос, о котором идет речь, может быть без ущерба для договора обойден сторонами, целесообразно соответствующую норму сделать факультативной с тем, чтобы придание ей правовой силы было связано со включением в договор отсылки к ней. Имеется в виду, что при последнем варианте не может быть ситуации, при которой норма приобретет силу без явно выраженной и согласованной воли контрагентов.

В заключение следует еще раз подчеркнуть, что различие между тремя видами указанных норм можно свести к следующему; императивная норма действует независимо от того, что укажут стороны в договоре, диспозитивная – только в случае, когда в договоре не предусмотрено иного, а факультативная – если в договоре есть прямая отсылка к ней.

Общее для диспозитивных и факультативных норм – и те и другие укладываются в рамки свободного волеизъявления сторон. Имеется в виду, что контрагенты могут либо выбрать любой вариант независимо от того, предусмотрен ли он в диспозитивной или факультативной норме, либо вообще оставить вопрос без правового регулирования.

Иное дело ~ императивные нормы, заведомо направленные на ограничение договорной свободы во имя защиты нуждающихся в этом, с точки зрения законодателя, особых интересов.

8. ДЕЙСТВИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ ВО ВРЕМЕНИ

ГК 22 и ГК 64 не содержали специальных правил о действии во времени гражданских норм, включая те из норм, которые непосредственно рассчитаны на договоры. Указанный пробел в определенной мере был восполнен актами, посвященными вступлению в силу соответствующего Кодекса. Имеются в виду постановление ВЦИК от 11 ноября 1922 г. «О введении в действие Гражданского кодекса РСФСР, принятого на 4-й сессии ВЦИК IX созыва 31 октября 1922 г.»' и Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 12 июня 1964 г. «О порядке введения в действие Гражданского и Гражданского процессуального кодексов РСФСР»2.

Уже первый из этих актов предусмотрел, что нормы соответствующего Кодекса не обладают обратной силой, а потому на правоотношения, сложившиеся ко времени вступления его в действие, они не распространяются. Остальные правила, которые установили порядок вступления в действие Кодекса, составляли определенное исключение из указанного принципа. Так, в постановлении от 1 октября 1922г. предусматривалось: к возникшим до вступления в действие ГК правоотношениям, которые хотя и

^ См.: СУ 1922 г. №71. Ст. 704. См.: Ведомости РСФСР. 1964. № 24. Ст. 416.

допускались действовавшими в этот момент законами, но были все же недостаточно полно урегулированы ими. Кодекс применяется. Имелось в виду тем самым использовать этот акт для восполнения возможных пробелов ранее действовавшего законодательства. Одна из таких исключительных норм сформировалась в рамках судебной практики'.

Указ от 12 июня 1964 г. также подчеркнул, что Кодекс «применяется к гражданским правоотношениям, возникшим после введения его в действие». В то же время в Указе предусматривалось, что по договорным и иным гражданским правоотношениям, возникшим до 1 октября 1964 г., Гражданский кодекс РСФСР применяется к тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения его в действие2.

Следует в этой связи подчеркнуть, что отказ от обратной силы Кодекса всегда приводит к тому, что в гражданском обороте сосуществуют два разных правовых режима: один, основанный на прежних законах, а другой – на вновь принятом Кодексе. Негативные последствия складывающейся таким образом ситуации способны оказаться особенно чувствительными для договоров, многие из которых предполагают длящиеся между сторонами правоотношения.

Однако такими же негативными могут стать именно для договоров последствия противоположного решения: признания обратной силы Кодекса. Речь идет о том, что тем самым соглашение сторон утратит в определенной мере значение. Имеется в виду, что стороны руководствовались действовавшим в этот момент законодательством; между тем реализовать права и исполнять обязанности им придется уже в рамках режима, установленного новым Кодексом. В результате отнюдь не исключается, что изменение обстоятельств, связанных с введением нового закона, может оказаться столь ощутимым, что, зная о таком изменении, сторона или даже обе не стали бы вообще заключать договор или по крайней мере на предусмотренных в нем условиях. Применительно к действующему Кодексу это была бы ситуация,

' В определении по одному из дел, рассмотренных Верховным Судом СССР, была признана возможность обратного действия всех вообще законов и постановлений Правительства, в которых на этот счет есть прямое указание (см.: Советское гражданское право. Т. I. М.: Госюриздат, 1950. С. 92).

2 В книге О.С. Иоффе, Ю.К, Толстого «Новый Гражданский кодекс РСФСР» (Изд-во ЛГУ, 1965. С-41) приведен такой пример: «Договор жилищного найма заключен в I960 г., а излишняя изолированная площадь образовалась у нанимателя в 1965 г. » (имелось в виду, что Кодекс 1964 г. сузил круг случаев, при которых допускалось принудительное освобождение такого рода комнат). Соответственно конечный вывод сводился к необходимости при описанной ситуации руководствоваться вступившим в силу Кодексом.

которую п. 1 ст. 451 ГК признает достаточной для заявления требования об изменении или расторжении договора'.

В этой связи законодатель всегда вынужден выбирать разные варианты допуская в определенных случаях и в определенных пределах исключения из того общего принципа, о котором шла речь (имеется в виду провозглашенный отказ от обратной силы).

ГК включил нормы, посвященные действию гражданско-правового акта во времени, притом как общие, так и специальные. Правила, о которых идет речь, составляют содержание двух статей Кодекса. Из них первая -ст. 4 («Действие гражданского законодательства во времени») распространяется на все гражданские отношения, а вторая – ст. 422 («Договор и закон») регулирует только вопрос о последствиях принятия новых гражданских актов для договоров.

Обе статьи устанавливают соответствующие правила лишь применительно к одному из возможных правовых источников – закону. И хотя ст. 4 ГК говорит вначале об «актах гражданского законодательства», в силу п. 2 ст. 3 ГК указанный термин равнозначен другому: «федеральный закон». Это подтверждается и второй нормой, включенной в ст. 4. Она прямо указывает на то, что имеется в виду именно «закон».

Статья 4 ГК помимо запрещения обратной силы закона содержит еще три положения.

Одно из них устанавливает, что закон все же может распространяться на отношения, которые возникли до его введения в действие, в случае, если на этот счет есть прямое указание в законе (п. 1 ст. 4 ГК).

Другое исключение (оно включено в п. 2 ст. 4 ГК) воспроизводит норму, содержавшуюся во всех ранее принятых Вводных законах к Гражданскому кодексу: к отношениям, существовавшим до вступления в силу нового гражданского законодательства, оно применяется к правам и обязанностям, возникшим после введения его в действие.

Третье исключение носит характер отсылочной нормы (оно содержится также в п. 2 указанной статьи): к отношениям сторон по договорам, заключенным до введения в действие акта гражданского законодательства, следует руководствоваться ст. 422 ГК.

Норма, включенная в ст. 422 ГК, имеет в своей основе принцип Pacta sunt servanda («Договоры должны исполняться»). Соответственно эта норма исключает обратную силу нового законодательства, установленного для договоров, а следовательно, независимо от того, заключен договор до или после принятия нового закона, к нему не должен применяться указанный закон. И лишь тогда, когда на этот счет есть прямое указание в самом зако-

См. гл. IV книги.

не, он может быть применен к ранее заключенному договору. Особо подчеркнуто, что имеются в виду только включенные в новый закон императивные нормы. Тем самым учитывается, что применение или неприменение диапозитивных норм подчинено воле самих сторон договора. Поэтому, какой бы ни оказалась редакция договорного условия, оно считается соответствующим норме диспозитивной.

Принципиальное различие между ст. 4 и 422 ГК сводится в конечном счете к тому, что положение, в силу которого новый акт распространяет свое действие на ранее сложившиеся отношения, применительно к правам и обязанностям, возникшим после вступления в силу нового закона, на договоры не распространяется, если в самом акте не предусмотрено его обратное действие.

Параллельно со статьями ГК (4 и 422) за его пределами на уровне федерального закона урегулирован вопрос о последствиях вступления в действие самого Кодекса. Поскольку новый Кодекс принимается не сразу, было признано целесообразным, как уже отмечалось, издать два федеральных Вводных закона: один – от 30 ноября 1994 г. «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», а другой – от 26 января 1996 г. «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации».

Правовое регулирование договоров включено в состав как первой, так и второй части ГК. По этой причине оба указанных Закона имеют непосредственное отношение к последствиям принятия соответствующих частей ГК для договоров, заключенных до момента вступления Кодекса (его частей) в силу.

На наш взгляд, оба этих Закона могут рассматриваться с точки зрения и ст. 4, и ст. 422 ГК как специальные, которые действуют главным образом только применительно к последствиям вступления в силу одного, конкретного акта – Гражданского кодекса.

Закон от 21 октября 1994г., следуя за своим предшественником, закрепил отказ от обратной силы норм части первой ГК и одновременно предусмотрел, что «по гражданским правоотношениям, возникшим до введения ее в действие, часть первая Кодекса применяется к тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения ее в действие» (ст. 4).

Для иллюстрации можно привести такой пример. ГК 64 и новый Кодекс по-разному определили порядок исчисления убытков, вызванных нарушением договора. В частности, это выразилось в том, что в отличие от ГК 64, предусматривавшего необходимость возмещения лицу, чье право было нарушено, «понесенных расходов» (ст. 219 этого Кодекса). ГК (ст. 15) признает за потерпевшей стороной возможность заявить требование о воз

мещении убытков в виде не только «понесенных расходов», но и тех, которые потерпевшей стороне еще только предстоит в будущем понести для восстановления своего нарушенного права. Руководствуясь приведенной статьей Вводного закона, в случае, когда по вине арендатора возник пожар в арендованном складе и это имело место после введения в действие ГК, безотносительно к тому, был ли заключен договор аренды после или до вступления в силу нового Кодекса, следует руководствоваться ст. 15 ГК. А значит, истцу не придется доказывать, что затраты на ремонт были им -арендатором – действительно понесены. Единственное, что надлежит установить, – необходимость ремонта и размер потребных для этого средств. При этом для вынесения такого решения нет нужды издавать закон, который распространял бы на договоры аренды, заключенные до принятия ГК, действие ст. 15.

Таким образом, возникает определенная коллизия между ст. 422 ГК с ее запретом обратной силы закона и Вводным законом, допускающим при определенных условиях такое обратное действие.

Думается, что следует признать приоритет приведенной нормы Вводного закона в силу того, что п. 2 ст. 422 ГК предусматривает возможность такого случая, когда в законе предусмотрено обратное действие соответствующего акта. Правда, в п. 2 ст. 422 ГК идет речь о ситуации, при которой в новом законе содержится указание на его обратную силу. Однако, на наш взгляд, не должно иметь значения, каким образом решен вопрос об отношении к ст. 422 ГК, в самом новом акте либо в каком-либо ином. Определяющее значение имеет то, что ГК допускает исключение и что это исключение сделано, как и предполагается в ст. 422, на уровне закона (имеется в виду Вводный закон).

Указанной позиции, основанной на приоритете ч.2 ст. 5 Вводного закона к части первой ГК по отношению ст. 422 ГК, применительно к договорам, заключенным до принятия нового Кодекса, последовательно придерживается судебно-арбитражная практика. Соответственно применение старого или нового кодекса зависит от того, когда именно возникли права и обязанности по договору, уже заключенному к 1 января 1995 г., – до или после указанной даты. Так, в одном из рассматриваемых дел возник вопрос о том, распространяется ли на договор, заключенный в 1994 г., ст. 395 нового ГК или следует руководствоваться действовавшими в момент заключения договора Основами гражданского законодательства 1991 г.?

В постановлении по данному делу Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал, что, если договор был заключен до 1 января 1995 г., т.е. До даты принятия нового ГК, и обязанность по оплате также существовала До этого времени, но осталась невыполненной и после 1 января 1995г.,

кредитор вправе потребовать от должника уплаты 5 процентов годовых в силу закона (п. 3 ст. 66 Основ гражданского законодательства 1991 г.) с момента неисполнения обязанности и до 1 января 1995г. Поскольку иск был заявлен о взыскании процентов на основании ст. 395 ГК за весь период просрочки платежа, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал, что нижестоящий суд правильно применил взыскание процентов по ст. 395 ГК за неплатеж по данному основанию с 1 января 1995 г. Не придавая закону обратной силы, он отказал во взыскании соответствующих процентов за

1994 г. Право взыскания процентов по основаниям, предусмотренным ст. 395 ГК, возникло у истца только в связи с введением в действие Кодекса, т.е. с 1 января 1995 г. Таким образом, была допущена возможность применения, именно благодаря существованию на этот счет закона (имеется в виду Вводный закон), нормы, которая появилась уже после заключения договора'.

Еще в одном из опубликованных дел Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, подтверждая необходимость руководствоваться ст. 395 ГК к договору, заключенному до вступления в силу ГК, обратил внимание на следующее: «Поскольку отношения между сторонами возникли до 1 января

1995 г. и продолжали существовать после этой даты, требование о применении ответственности за неисполнение денежного обязательства, начиная с 1 января 1995 г., подлежит удовлетворению»2. Указанное постановление представляет особый интерес в связи с тем, что не только заключение договора, но и его нарушение имели место до вступления в силу нового ГК. В данном случае исходное положение арбитражной практики опирается, очевидно, на то, что длящиеся нарушения могут рассматриваться как непрерывная цепь нарушений с тем, что к каждому из них должна применяться норма, действовавшая ко дню совершения соответствующего нарушения. Таким образом, применительно, например, к задолженности, возникшей до вступления в силу ГК, проценты за период до 1 января 1995 г. начисляются в размере 5 процентов годовых (на основе ст. 66 Основ гражданского зако-

' Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 12. С. 87. Аналогичная позиция, связанная с применением той же ст. 395 ГК, выражена и в других арбитражных делах (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №7. С. 91; 1997. №4. С. 80-81 и др.).

2 Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 3. С. 57. В подтверждение необходимости применения Вводного закона в случаях его коллизии со ст. 422 ГК можно привести и

еще один пример. Так, вывод о применении нового Кодекса в соответствующих случаях сделан в решении по делу, связанному с договором поручительства (договор заключен 6 октября 1994 г., а срок основного обязательства, нарушенного должником, – 6 января 1995 г.) (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 5. С. 97).

нодательства 1991 г.) и в размере ставки рефинансирования Центрального банка РФ (ст. 395 ГК), начиная с 1 января 1995 г.

Статья 12 Вводного закона от 30 ноября 1994 г. установила, что порядок заключения договоров, предусмотренный гл. 28 Кодекса («Заключение договора»), применяется к договорам, если соответствующая оферта направлена после 1 января 1995 г.

Приведенная норма также может признаваться исключением из ст. 422, поскольку последняя, как уже отмечалось, предусматривает, что ГК распространяет действие на договоры, заключенные после вступления его в силу. Между тем договор признается заключенным, в соответствии с п. 1 ст. 433 ГК, «в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта». Следовательно, при отсутствии Вводного закона, руководствуясь ст. 422 ГК, пришлось бы сделать вывод, что новый Кодекс должен распространяться на все договоры, по которым акцепт направлен и получен оферентом после 1 января 1995 г., и независимо от того, когда именно была направлена оферта.

Приведенный вывод будет иметь значение для всех иных новых актов. При применении к ним ст. 422 ГК во внимание должен приниматься момент, указанный в ст. 433 ГК, и соответственно время направления оферты не должно иметь самостоятельного значения.

Законодатель вместе с тем учел, что к моменту принятия ГК новый закон о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, о котором идет речь в ст. 131 ГК, еще не был принят. В этой связи предусмотрено (ст. 8), что до принятия указанного закона применяется ранее установленный порядок. С принятием такого закона1 эта норма утратила силу.

Наконец, в том же Вводном законе (ст. 9) положительно решен вопрос об обратной силе первой части ГК в случаях, когда предметом требований служит признание сделки недействительной и применение связанных с этим последствий. Имеется в виду, что, если дело рассматривается после 1 января 1995 г., надлежит руководствоваться новым ГК (его ч. 1) независимо от того, когда именно была совершена сделка2. Вводный закон оставляет открытым вопрос о ничтожных сделках, которые, как таковые, явля-

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 30. Ст. 3594. В Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 февраля 1995 г. № 2/1 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1995, X° 5. С. 52) подчеркивается, что соответствующее указание Вводного закона относится к сделкам, которые совершены до 1 января 1995 г., но решение о признании их недействительными принимается после этой даты.

ются недействительными независимо от решения суда, притом с самого начала их заключения. Как предусмотрено п. 32 Постановления Пленумов РФ № 6/8, стороны могут обращаться в суд с требованием о признании такого рода сделок недействительными и по этой причине применения установленных последствий их заключения1. Очевидно, при заключении сделки в период действия старого ГК следует руководствоваться основаниями признания сделки ничтожной, указанными в

старом и появившемся новом Кодексе.

Закон от 26 января 1996 г., посвященный вступлению в действие второй части ГК, содержит значительно большее число норм по сравнению с аналогичным Законом, принятым по поводу первой части ГК.

В соответствии со ст. 5 Закона от 26 января 1996 г. часть вторая Кодекса применяется к обязательственным отношениям, которые возникли после введения ее в действие, а к отношениям, возникшим до 1 марта 1996 г. (дня вступления в силу второй части), – только к правам и обязанностям, которые возникли после введения ее в действие.

Вместе с тем существуют и определенные различия в подходе каждого ю Вводных законов к решению некоторых общих вопросов.

Так, ст. 6 Закона от 26 января 1996 г. устанавливает, что нормы второй части о порядке заключения договоров отдельных видов, их форме и государственной регистрации применяются в случаях, когда оферта направлена после вступления в силу второй части ГК. Однако, если оферта была направлена до 1 марта 1996 г., а договор был заключен после 31 марта 1996 г., применению подлежат нормы второй части нового ГК о форме отдельных типов (видов) договоров, а также об их государственной регистрации. Первое отличие состоит в том, что ст. 12 Вводного закона к первой части ГК, включившая коллизионные нормы по тем же вопросам (имеется в виду отсылка к гл. 28, в которой содержатся нормы, посвященные, в частности, порядку заключения и форме договоров), ни при каких условиях не допускает действия нового ГК, если оферта направлена до вступления в силу соответствующей части Кодекса. Цель новеллы, включенной в Вводный закон ко второй части, состоит в том, чтобы «предоставить сторонам возможность оформить свои отношения по новым правилам»2.

По этому поводу следует отметить, что ст. 6 Закона от 26 января 1996 г. расширяет возможности применения второй части ГК к договорам за счет случаев, при которых оферта направлена до 31 марта 1996 г., только в отношении двух вопросов – формы и государственной регистрации. Оста-

' Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 13. 2 См.: Звеков В.П. Гражданский кодекс Российской Федерации: Вводный закон. Часть вторая. Текст. Комментарии. Алфавитно-предметныЙ указатель. М., 1996. С.245.

ется неясным, каким должен быть ответ на вопрос, охватывается ли указанное расширение (вторая часть нового ГК распространяется на случаи отправки оферты и до 1 марта 1996 г., если только договор заключен до 1 марта 1996 г.) и к другим вопросам, связанным с порядком заключения договора? Очевидно, в силу исключительного характера соответствующей нормы п. 6 Вводного закона надлежит признать, что предварительное условие применения второй части ГК – завершение процедуры заключения договора 31 марта 1996 г. – не распространяется на все иные, кроме формы и регистрации, вопросы. Таким образом, проблема, которая может возникнуть, должна, очевидно, решаться в соответствии с первой, общей нормой ст. 6 Вводного закона, а это означает, что старое законодательство (ГК 64 и Основы 1991 г.) действует в отношении порядка заключения договора, по которым оферта направлена после 1 марта 1996 г.

Статья 7 Закона от 26 января 1996 г. предусматривает, что впредь до введения в действие Федерального закона о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним (т.е. Закона от 17 июня 1997 г., вступившего в силу через три месяца после его официального опубликования) для

договоров, предусмотренных ст. 550, 560 и 574 ГК, сохраняли силу правила об обязательном нотариальном удостоверении таких договоров, установленные законодательством до введения в действие части второй Кодекса. Смысл соответствующей статьи состоит в том, что все сделки, о которых идет речь в указанных трех статьях, – о купле-продаже недвижимости, купле-продаже предприятий и дарении – подлежали нотариальному удостоверению независимо от даты их заключения, в случае если на этот счет существуют ранее принятые нормы.

Прежде всего, таким образом, речь идет о купле-продаже. В соответствии со ст. 239 ГК 64 обязательное нотариальное удостоверение было необходимо только для договоров купли-продажи жилого дома (части дома), который находится в городе, рабочем, курортном или городском поселке, при условии, если хотя бы одной из сторон является гражданин. В таком же случае подлежал нотариальному удостоверению и договор купли-продажи Дачи. Статья 257 ГК 64, посвященная дарению, включала отсылку к форме, установленной ст. 239 ГК (имелось в виду обязательное удостоверение у нотариуса), лишь в отношении договора дарения жилого дома. Можно указать также на Закон РФ от 23 декабря 1992 г. «О праве граждан Российской Федерации на получение в частную собственность и на продажу земельных участков для ведения личного подсобного и дачного хозяйства, садоводства и индивидуального жилищного строительства»'. Им предусмотрено обяза-

См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 1. Ст. 26.

тельное нотариальное удостоверение договора купли-продажи земельного участка между гражданами. По этой причине указание на то, что исходя из приведенной нормы Вводного закона следует признать обязательной нотариальную форму для указанных в ст. 550, 560 и 574 договоров, заключенных по поводу недвижимости до вступления в силу Закона от 17 июня

1994 г., представляется все же обоснованным.

Соответствующая норма Вводного закона является отсылочной. Следовательно, нотариальному удостоверению по основаниям, указанным в Вводном законе, могли подлежать договоры только в случае, если об этом прямо указано в ранее действовавшем законодательстве.

Расширен круг изъятий из ст. 422 ГК по сравнению с тем, который существовал в Законе от 30 ноября 1994 г. Закон от 26 января 1996 г. к случаям, когда по обязательственным отношениям, сложившимся до 1 марта Д996 г., права и обязанности возникнут после указанной даты, присоединил еще два (ст. 8). Так, обязательные для сторон нормы части второй Кодекса О расторжении договоров (основаниях, последствиях и порядке) применяются к действующим после 1 марта 1996 г. договорам, заключенным не только после, но и до этой даты. Точно так же обязательные для сторон нормы части второй ГК об ответственности за нарушение договора независимо от даты его заключения подлежат применению при условии, если заключенным до 1 марта 1996 г. договором не предусмотрена иная ответстч венность за нарушение таких обязательств. '

Общим для обоих случаев является то, что в них речь идет о последствиях, связанных с определенным юридическим фактом, порождающим право на расторжение договора или наступление гражданской ответственности. А поскольку это так, есть основания рассматривать соответствующую норму Закона от 26 января 1996 г. как такую, которая представляет собой отдельный случай более общей нормы, существовавшей во Вводных законах, -о правах и обязанностях, возникших после вступления в силу обеих частей

нового ГК.

Обращает на себя внимание и еще одно положение Закона от 26 января 1996 г. Имеется в виду, что нормы части второй ГК, которые определяют содержание договоров отдельных видов, распространяют свое действие только на те из них. которые заключены после введения в силу этой части (ст. 6). Отсюда от противного может быть сделан вывод, что к договорам, заключенным до 1 марта 1996 г., применяется в отношении содержания, помимо общей части, то законодательство, которое действовало в момент заключения договора. Указанная норма, таким образом, является прямым результатом действия ст. 422 ГК, т.е. содержащегося в ней указания: по

отношению к договорам в качестве общего правила закон обратной силы не имеет.

Таким образом, существуют определенные расхождения между обоими Вводными законами. Применительно к договорам по этой причине возникают по крайней мере две проблемы. Первая связана с тем, что договоры регулируются как первой, так и второй частью ГК. Между тем буквальное применение правил Вводных законов дает основание для вывода, что нормы каждой части ГК имеют разные пределы действия во времени. Однако такой вывод будет означать подчинение конкретного договора, для которого один из Вводных законов отсылает к новому, а другой – к старому кодексу, разным режимам. А это способно породить иногда трудности, поскольку вторая часть ГК увязана с его первой частью.

Другая проблема связана с договорами, которые вообще не выделены во второй части-

На наш взгляд, существует определенный путь решения вопроса: должен действовать единый Вводный закон, а для этой цели оба указанных акта должны быть объединены и тем самым возникший разрыв ликвидирован. Это может быть сделано, однако, только после принятия третьей части ГК.

В заключение следует отметить, что принцип, исключающий обратное действие норм, является признанным не только для гражданского, но и для ряда других отраслей права. Особый интерес приобретает, в частности, уголовное право, которое последовательно исходит из того, что обратную силу имеет только уголовный закон, устраняющий преступность деяния, смягчающий наказание или иным образом улучшающий положение лица, совершившего преступление. Одновременно подчеркнуто, что уголовный закон, который устанавливает преступность деяния, усиливает наказание или иным образом ухудшает положение лица, совершившего преступление, обратной силы не имеет (ст. 10 УК РФ 1996 г.). Аналогичные нормы, ставящие возможность распространения обратного действия нового акта в зависимость от того, смягчает или отменяет этот акт ответственность либо, напротив, устанавливает или усиливает ответственность, действуют в административном праве (имеется в виду ст. 9 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях и ст. 234 Таможенного кодекса РФ, также регламентирующая административную ответственность в соответствующей области).

В отличие от Уголовного кодекса и актов административного права ГК при решении вопроса об обратной силе закона подобной дифференциации не проводит. Однако это не означает, что гражданскому праву учет возможных последствий применения принципа обратной силы (ст. 10 УК РФ)

вообще неизвестен. Так, еще Л. Эннекцерус отмечал, что «применение нового права исключается, если бы оно отличалось не оправдываемой вескими основаниями суровостью». В качестве примера

автор обращается к принятым в разное время ужесточениям поземельных книг и ограничению крестьянского землевладения1. Правда, сам Л. Эннекцерус предполагал учитывать данное обстоятельство (суровость!) прежде всего при толковании

норм.

В нашей стране высказывалась сходная точка зрения, подтвержденная конкретными примерами. При этом имелось в виду применение к ранее заключенным договорам нового закона с учетом того, что в одних случаях облегчался, а в других ужесточался соответствующий режим.

Так, Б.И. Пугинский ссылался на разъяснение уполномоченных Правительством органов соответствующей нормы Положений о поставках 1988 г. С учетом того, что указанные акты отменили или уменьшили ответственность за определенные нарушения, было признано, что соответствующие их нормы должны распространяться и на ранее заключенные договоры2.

В ряде случаев устранение неблагоприятных последствий придания обратной силы новому акту, ужесточавшему соответствующий правовой (экономический) режим, осуществляется самим законодателем и служит в известной мере гарантией для участников гражданского оборота, в частности связанных между собой договорами.

Примером может служить Указ Президента Российской Федерации от 27 сентября 1993 г. «О совершенствовании работы с иностранными инвестициями»3, который установил, что «издаваемые нормативные акты, регулирующие условия функционирования на территории Российской Федерации иностранных и совместных предприятий, не действуют в течение трех лет в отношении предприятий, существующих на момент вступления в силу этих актов. Данное положение не распространяется на нормативные акты, обеспечивающие более льготные условия функционирования на территории Российской Федерации иностранных и совместных предприятий».

Сходная норма содержится и в Законе от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»4. Так, в силу п. 2 ст. 7 указанного Закона условия договоров (контрактов), заключенных между субъектами ин-

1 См.; Эннекцерус Л, Курс Германского гражданского права. Т. I. Полутом I- М-;

Изд-во иностранной литературы, 1949. С. 2Ю-211.

2 См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. Т. I. М.: БЕК, 1993. С.3&-37.

3 Собрание актов Российской Федерации. 1993. № 40. Or. 3740.

4 См.; Ведомости Верховного Совета Российской Федерации. 1991. № 29- Ст. 1008.

вестиционной деятельности, сохраняют силу на весь срок действия договоров. В случаях, когда после их заключения законодательством, действующим на территории России, установлены условия, которые ухудшают положение партнеров, договоры (контракты) могут быть изменены. Смысл этой нормы состоит в предоставлении каждому из контрагентов права ссылаться на то, что закрепленные в контракте условия для него ухудшились. При этом указанные обстоятельства должны быть приняты во внимание судом, рассматривающим требования о расторжении или изменении договора, а также в некоторых иных случаях.

В приведенном смысле представляет интерес и Закон РФ от 6 декабря 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции». В нем предусмотрена аналогичная ситуация и приведено аналогичное решение:

в случае, если в течение срока действия соглашения законодательством РФ, законодательством субъектов РФ и правовыми актами органов местного самоуправления будут установлены нормы, ухудшающие коммерческие результаты деятельности инвестора в рамках соглашения, в него вносятся изменения, обеспечивающие инвестору коммерческие результаты, которые он получил бы при применении действовавших на момент заключения соглашения законодательства РФ и законодательства субъектов РФ, а также правовых актов органов местного самоуправления.

В некоторых случаях сходные нормы носят менее определенный характер. Так, Временное положение о финансировании и кредитовании капитального строительства на территории Российской Федерации' предусматривает применительно к долгосрочным договорам, заключенным государством, представляемым Министерством финансов РФ, банками и заемщиками (застройщиками), что условия таких договоров определяются на весь срок действия договора, но, если после его заключения будет принято законодательство, ухудшающее положение контрагентов (партнеров), в договор «могут быть внесены изменения».

9. ДЕЙСТВИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ В ПРОСТРАНСТВЕ

Законодательство о договорах как часть гражданского законодательства в целом в силу п. «о» ст. 71 Конституции составляет предмет ведения Российской Федерации. Опираясь на указанную норму, п. 1 ст. 3 ГК предусмотрел: в соответствии с Конституцией гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации.

Утверждено Постановлением Правительства Российской Федерации 21 марта 1994 г. (Собрание актов Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 996).

В связи с приведенными основополагающими для всего гражданского права положениями возникают два вопроса: является ли исчерпывающим в ст. 3 перечень составляющих гражданское законодательство нормативных актов и могут ли принимать гражданско-правовые нормы субъекты Федерации и муниципальные образования? Обычно на первый следует положительный, а на второй отрицательный ответ.

Так, в частности, отмечается: «Статья 71 Конституции РФ установила, что гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации. В соответствии с этим органы власти и управления субъектов Российской Федерации не вправе издавать нормативные акты. содержащие нормы гражданского права»1.

Аналогичный вывод сделан и в другой работе: «По Конституции РФ гражданское законодательство – предмет исключительного ведения РФ..,, что означает невозможность принятия каких-либо актов, содержащих нормы гражданского права, ее субъектами, тем более органами местного самоуправления»2.

Разумеется, нет никаких оснований для отступления от принципов распределения компетенции, зафиксированных в Конституции РФ, в том числе и в ее ст. 71. На развитие этих принципов направлено Положение о порядке работы по разграничению предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации и о взаимной передаче осуществления части своих полномочий федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 12 марта 1996

г.3 В Положении подчеркнуто, что не допускается изъятие или перераспределение предметов ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, установленных соответственно ст. 71 и 72 Конституции Российской Федерации. Приведенное разграничение позволяет, например, сделать вывод, что, когда Распоряжением мэра г. Москвы от 29 февраля 1996 г. было утверждено Положение о порядке содержания казино, в той части, в какой данный акт регулирует виды игр, порядок их ведения, отношения между участниками игр, т.е. сторонами соответствующего договорного отношения, принятие Положения выходит за пределы компетенции субъекта Федерации. Следовательно, сам правовой акт, о котором идет речь, оказывается лишенным необходимого основания.

' Гражданское право. Ч. I, СПб., 1996. С. 32.

2 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М.: Юстицин-формцентр, 1995. С. 19. , ,

3 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 12. Ст. 1058.

И все же, на наш взгляд, столь категорические выводы, отрицающие полностью возможность принятия гражданско-правовых актов субъектами Федерации, вызывают сомнение. Закрепление исключительной компетенции РФ в области гражданского законодательства прежде всего не исключает ситуации, при которой федеральный орган поручает субъекту Федерации издать определенный акт. В конечном счете принятый таким образом акт опирается на компетенцию именно федерального, а не местного органа.

Подтверждением могут служить Указ Президента РФ от 28 февраля 1995 г. «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)»' и изданное на его основе одноименное Постановление Правительства РФ от 7 марта 1995 г.2 В обоих этих актах идет речь о предоставлении субъектам Федерации по специально утвержденным перечням видов продукции и услуг, по которым на внутреннем рынке Российской Федерации регулирование осуществляют органы исполнительной власти субъектов Федерации, и по такому же перечню услуг транспортных, снабженческо-бытовых и торговых организаций право вводить государственное регулирование тарифов и надбавок. В Указе особо отмечено, что регулируемые государством цены (тарифы) – идет речь в равной мере об актах федеральных органов и органов субъектов Федерации – применяются на внутреннем рынке Российской Федерации всеми предприятиями и организациями, независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности, если иное не установлено актами законодательства Российской Федерации.

Исключение какой бы то ни было нормотворческой деятельности субъектов Федерации в области гражданского права снимает вопрос о делегировании федеральными органами своего права на издание определенного нормативного акта. С этим трудно согласиться. На наш взгляд, правильную позицию в рассматриваемом вопросе занимает В.П. Мозолин. Сложившейся практике соответствует его утверждение, что «Российская Федерация вправе... делегировать субъектам Федерации по договору или в одностороннем порядке право на принятие законов и иных нормативных правовых актов по отдельным видам отношений, регулируемым гражданским законодательством РФ. Так. вряд ли целесообразно на федеральном уровне при'" нимать законы и иные нормативные правовые акты, касающиеся специфически местных услуг или товаров национального характера, оказываемых Или производимых на территории отдельного национального округа»3.

См. Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 10. Ст. 859; № 28. Ст. 2645. 2 См. там же. 1995. № 11. Ст. 997.

Граяеданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий. М.; БЕК, 1996. С. 15.

Особое значение имеет вопрос о компетенции субъектов Федерации применительно к отношениям, охваченным ст. 72 Конституции РФ.

Статья 72 Конституции РФ отнесла к совместному ведению Российской Федерации и субъектов РФ, среди прочего, вопросы владения, пользо-г вания и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами (п. «в» ст. 72), а также жилищное, земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о недрах (п. «к» ст. 72). А это означает,/ как следует из п. 2 ст. 76 Конституции РФ, что субъектам Федерации предоставлено право по всем перечисленным вопросам принимать в соответст^ вии с федеральными законами собственные законы и иные нормативные акты.

Известно, что неотъемлемую часть ГК составляет хотя и не вступив? шая еще пока в силу гл. 17 «Право собственности и другие вещные права на землю»'. Указанная глава, среди прочего, определяет порядок реализации соответствующих прав на основе гражданско-правовых договоров. Можно' указать также и на то, что ГК регулирует, хотя и в самом общем виде, договоры о залоге недвижимости – ипотеке.

Следовательно, по крайней мере часть отношений по поводу земли, и прежде всего договорные, составляют область гражданского права. К этому. следует добавить, что, поскольку ст. 72 Конституции РФ является все-таки специальной по отношению к общей – ст. 71, можно сделать вывод, что гражданско-правовые отношения, имеющие своим предметом землю, ее недра, леса и воды, в случаях, когда они затрагивают вопросы, указанные в ст. 72 Конституции РФ, представляют собой сферу совместной компетенции. Думается, что это соответствует и п. 3 ст. 36 Конституции РФ: «Условия и порядок пользования землей определяются на основе (выделено нами. -Авт.) федерального закона». Известно, что по этому пути пошла и нормо-творческая практика субъектов Федерации.

На наш взгляд, можно считать еще более убедительным признание за субъектами Федерации определенной компетенции в области гражданского права в связи с включением Конституцией в совместное ведение Российской Федерации и субъектов РФ жилищного законодательства.

В современных экономических условиях, когда основная масса жилищного фонда представляет собой частную собственность, основными в жилищном законодательстве являются нормы гражданского права2. Без

' В соответствии со ст. 13 Вводного закона к первой части ГК гл. 17 Кодекса будет введена в действие со дня введения в действие нового Земельного кодекса. 2 Как отмечает Ю.К. Толстой, «многие законы и иные нормативные акты с равным основанием могут считаться актами как жилищного, так и гражданского законодательства?) (Толстой Ю.К. Жилищное право. М.: Проспект, 1996. С. 17).

этих норм жилищное законодательство существовать не может. Указанная отрасль законодательства в ее современном виде только складывается. Однако и среди небольшого числа актов, принятых после вступления в силу действующей Конституции РФ, можно указать на такие, которые

положительно решают вопрос о нормотворческой компетенции субъектов Федерации.

Так, в частности, Закон о товариществах собственников жилья, принятый Государственной Думой 24 мая 1996 г.', призван регулировать отношения собственности в кондоминиумах. Последние являются формой объединения домовладельцев для совместного управления и обеспечения эксплуатации соответствующего комплекса недвижимого имущества. Указанный Закон перечисляет круг отношений, регулируемых законодательством о кондоминиумах и товариществах собственников жилья. В ст. 3 он устанавливает, что содержащиеся в законодательстве жилищные правоотношения регулируют, помимо самого Закона, ГК, иных законодательных актов РФ, регулирующих гражданские правоотношения, «также» иные законодательные акты Российской Федерации и законодательные акты субъектов РФ. Единственное исключение сделано для указанных в ст. 2 Закона отношений, которые могут быть урегулированы только федеральными актами. Однако за пределами этой статьи остаются на долю законодательства субъектов Федерации самые разнообразные отношения, прежде всего связанные с использованием договорных форм2.

Пункт 3 ст. 672 ГК мог бы дать повод сделать вывод, что жилищное законодательство представляет собой лишь совокупность норм, регулирующих социальный наем жилищных помещений. Но следует иметь в виду, что терминология указанной нормы отнюдь не обязательно равнозначна той, которую использует ст. 72 Конституции РФ. Во всяком случае, действующий Жилищный кодекс РФ регулирует весь комплекс жилищных отношений. В частности, в нем специальную главу (гл. 6) составляют нормы, посвященные пользованию жилыми помещениями в домах индивидуального жилого фонда, которые, во всяком случае, не относятся к «социальному найму». В подтверждение того, что «жилищное законодательство» не ограничивается «социальным наймом», можно сослаться на некоторые статьи самого ГК. Так, например, п. 1 ст. 673 Кодекса содержит отсылку по вопро-

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 25. Ст. 2963-2 В число отношений, регулирование которых составляет исключительную компетенцию федеральных органов, включены лишь отношения собственности в кондоминиуме, порядок образования, эксплуатации, приращения, отчуждения и передачи прав на недвижимое имущество в кондоминиуме, порядок управления недвижимым имуществом в кондоминиуме, создания, регистрации, функционирования и ликвидации товарищества собственников жилья,

су «пригодности жилья для проживания» к жилищному законодательству, тем самым предполагая, что соответствующие нормы этого законодательства будут распространяться в равной мере на «договоры найма» и на «договоры социального найма». К этому можно добавить и то, что п. 3 ст. 682 ГК отсылает по вопросу о размере платы за жилое помещение к Жилищному кодексу РФ. Следовательно, и новый Жилищный кодекс, который предстоит принять с учетом нового ГК, очевидно, должен будет содержать нормы, регулирующие отношения, выходящие за пределы социального найма. Таким образом, нет оснований, полагаем, сужать понятие «жилищное законодательство», а тем самым и рамки совместной компетенции применительно к этой законодательной отрасли одними лишь социальными жилищными правоотношениями.

Думается, что сходная ситуация сложилась и применительно к вопросам владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами. Имеется в виду, что правовое регулировал ние указанных вопросов связано непосредственно с различными договорами, в которых соответствующие вещные права, и прежде всего правомочные распоряжения, непосредственно реализуются.

О существующем регулировании указанных вопросов на уровне субъектов Федерации можно судить, например, по утвержденному Постановлением Правительства Москвы 4 июня 1996 г. Положению о порядке осуществления контроля за выполнением договоров купли-продажи муниципальной (государственной) собственности. Его нормы помимо регулирования чисто административных отношений охватывают порядок проведения коммерческих конкурсов и аукционов по продаже предприятий, нарушивших заключенные ими договоры купли-продажи'.

В результате следует прийти к выводу, что гражданское законодательство является исключительной компетенцией РФ, кроме случаев, которые охватываются ст. 72 Конституции РФ.

Разумеется, не все акты субъектов Федерации, входящие в область гражданского законодательства, как она понимается в ст. 72 Конституции РФ, подчиняются ст. 76 той же Конституции. Эта последняя дает основания сделать вывод, что акты, изданные субъектами Федерации на основе ст. 72 Конституции РФ, должны применяться в соответствии с федеральными законами. По этой причине возможности субъектов Федерации реализовать принадлежащие им права, основанные на ст. 72 Конституции, целиком зависят от объема законодательства, изданного по соответствующим вопросам федеральными органами.

' См.: Экономика и жизнь. 1996. № 27. С. 13.

' В заключение следует отметить, что применение соответствующих статей Конституции РФ (71 и 72) связано с определенными трудностями, в частности по той причине, что содержащийся в них перечень вопросов, составляющих соответственно исключительную и совместную компетенцию, не совпадает с делением права на отрасли. Это было очень четко проиллюстрировано Конституционным Судом РФ в деле о проверке конституционности одной из статей Закона «О рекламе»'. В этой связи была подчеркнута необходимость учета комплексного характера нормативного регулирования отдельных отношений, перечисленных в указанных статьях Конституции РФ.

10. ДЕЙСТВИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ ПО ЛИЦАМ

Нормы гражданского законодательства, которые определяют, как должны заключаться договоры, какие права и обязанности составляют их содержание, какая ответственность наступает в случае нарушения договора и др., в принципе адресованы любому участнику гражданского оборота. Однако приведенное правило знает и исключения. В конечном счете смысл таких исключений сводится к тому, что некоторые договорные модели рассчитаны лишь на строго определенный круг участников. Кроме того, совокупность норм, регулирующих определенный тип (вид) договоров, может устанавливать неодинаковый правовой режим в зависимости от того, кто выступает в роли стороны (сторон).

В течение длительного времени дифференциация правового регулирования договоров по признаку субъектного состава выражалась в разграничении отношений с участием и без участия граждан, а поскольку выступать в обороте наряду с гражданами могли практически лишь «социалистические организации», практически речь шла о разграничении договоров, рассчитанных на участие в них только таких организаций, и договоров с участием граждан.

Например, ГК 64 в число договоров первого вида включал основные в то время договоры: поставку и подряд на капитальное строительство, Специальный субъектный состав был обязательным признаком также и для договоров государственной закупки сельскохозяйственной продукции, страхования и

перевозки грузов. Применительно к последним в качестве по крайней мере одной стороны – соответственно заготовителя, страховщика или перевозчика – в них должны были участвовать «социалистические организации». Различные решения одних и тех же вопросов в, зависимости от

См.: Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1997. № 1. С. 59.

того, кто именно выступает в качестве контрагентов, имели место почти во всех остальных главах ГК 64, посвященных договорам.

Подобная дифференциация проводилась и в общих положениях об обязательствах. Субъектный состав договоров принимался во внимание, в частности, нормами о порядке заключения договоров (ст. 160) и разрешении возникающих при этом споров (ст. 167), о возможностях и последствиях возложения обязательства на третье лицо (ст. 171), допустимости досрочного исполнения (ст. 173) и об уменьшении размера неустойки (ст. 191) и др.

Основы гражданского законодательства 1991 г. в принципе отказались от учета круга участвующих в договоре лиц. Одно из немногих исключений в них составила ст. 71, которая примечательна еще и тем, что в ней впервые в качестве классификационного признака выступило осуществление лицом «предпринимательской деятельности». В указанной статье проводилось разграничение двух режимов применительно к основаниям возникновения ответственности должника за нарушение обязательства. Такая ответственность наступала только при наличии вины должника. Но если речь шла 6 должнике, который нарушил обязательство при осуществлении им предпринимательской деятельности, то и без вины. Дифференциация проводилась и в ст. 109 Основ, которая предоставляла только юридическим лицам и гражданам, занимающимся предпринимательской деятельностью, право открывать счета в любом банке.

Более широкую дифференциацию правового регулирования договоров «по лицам» содержит действующий ГК. Указанная дифференциация проведена прежде всего в общей части обязательственного права. Имеются в виду, в частности, статьи первой части ГК, посвященные одностороннему отказу от исполнения договора и его изменению (ст. 310), возможности досрочного исполнения обязательств (ст. 315), основаниям возникновения солидарных обязательств (п. 2 ст. 322), залогу вещей в ломбарде (п, 1 ст. 358), удержанию (п, 1 ст. 359), основаниям ответственности (п. 3 ст. 401), пуб^ личному договору (ст. 426). договору присоединения (п. 3 ст. 428).

Весьма широко выделены отношения с участием предпринимателей в главах, посвященных отдельным видам договоров. Так, в частности, это относится к определенным вопросам, которые возникают при заключении договоров купли-продажи (качество товаров – п. 4 ст. 469, тара и упаковка -п. 3 ст. 481), дарения (отмена дарения – п. 3 ст. 578), подряда (качество работ – п. 2 ст. 721), займа (получение процентов – п. 3 ст. 809), при расчетах (об осуществлении безналичных расчетов – п. 1 ст. 861), при заключении договоров страхования (досрочное прекращение договора – п. 1 ст. 958), поручения (вознаграждение поверенного – п. 1 ст. 972), комиссии (отступ

ление от указаний комитента – п. 1 ст. 995), простого товарищества (ответственность товарищей по общим обязательствам – ст, 1047).

Участие предпринимателей для ряда договоров является конституирующим признаком. Для некоторых типов (видов) договоров обязательным условием служит выступление предпринимателей с обеих сторон: поставка (ст. 506), финансовая аренда (ст. 665), складское хранение (ст. 907), коммерческая концессия (п. 1 ст. 1027), простое товарищество, созданное для извлечения прибыли (п.

2 ст. 1041). Параллельно с этим в ГК выделены. также договоры, для которых обязательно участие предпринимателей и непременно в качестве только одной из сторон. К указанным относятся договоры розничной купли-продажи (п. 1 ст. 492), проката (п, 1 ст. 626), бытового подряда (п. 1 ст. 730). Сюда можно отнести из первой части ГК договор залога вещей в ломбарде (п. 1 ст. 358).

Наряду с установлением специальных режимов для договоров предпринимателей есть в ГК относительно небольшое число норм, в которых субъектный состав договоров характеризуется участием коммерческих организаций. Различие между коммерческими и некоммерческими организациями проведено п, 1 ст. 50 ГК. К первым относятся юридические лица, которые в качестве основной цели своей деятельности преследуют извлечение прибыли, в то время как вторые такой цели не имеют и, кроме того, полученная этими последними прибыль не подлежит распределению между участниками. Указанная дифференциация отражается в правилах, запрещающих дарение в отношениях между коммерческими организациями (ст. 575), устанавливающих специальный порядок передачи имущества коммерческой организацией учредителям, участникам, руководителям, членам ее органов управления или контроля в безвозмездное пользование (п. 2 ст. 690) и др. Особо выделена перевозка транспортом общего пользования по признаку участия коммерческой организации (п. 1 ст. 789). Можно указать на нормы, которые предусматривают право такой организации заключать договоры финансирования под уступку денежного требования (ст. 825), специальный режим для хранителей – коммерческих организаций (п. 2 ст. 886) и такой же специальный режим для общества взаимного страхования, создаваемого в соответствующей форме (п. 1 ст, 968), требуют обязательного участия в качестве доверительного управляющего, кроме граждан, только коммерческих организаций (п. 1 ст. 1015), считают обязательным участие в коммерческой концессии (п. 3 ст. 1027).

В ГК содержится немало норм, область действия которых составляет осуществляемая одной из сторон предпринимательская деятельность. Такого рода выделение может рассматриваться в рамках действия гражданских законов по лицам. Это связано с тем, что предпринимательской деятельно-

стью, т.& самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, могут заниматься только предприниматели – лица, зарегистрированные в этом^ качестве в установленном законом порядке (п. 1 ст. 2 ГК). Ограничивая пределы действия определенных норм, ГК иногда использует термин «предприниматель». Однако во всех подобных случаях имеются в виду не просто юридические лица и граждане, зарегистрированные в таком качестве, а именно те из них, кто в данном конкретном случае заключают и исполняют договор, действуя в рамках осуществляемой ими предпринимательской деятельности.

Определение предпринимательской деятельности в новом Кодексе по существу не отличается от того, которое было дано в прекратившем свое действие с принятием ГК Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности». Отсутствие в ГК указания, содержащегося в этом Законе, на самостоятельную ответственность предпринимателя имеет чисто редакционный характер. Все сводится к устранению явного плеоназма, поскольку понятие «свой риск» включает и самостоятельную ответственность.

ГК (ст. 23), допуская возможность занятия гражданами предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, требует лишь их регистрации в качестве индивидуального предпринимателя'. В силу п. 3 ст. 23 ГК к деятельности такого рода лиц применяются – если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношений -правила ГК, регулирующие

деятельность юридических лиц, которые являются коммерческими организациями.

Одна из новелл ГК, относящаяся к предпринимательской деятельности граждан, содержится в п. 4 ст. 23. Она имеет в виду граждан, которые осуществляют такую деятельность без образования юридического лица, не пройдя государственной регистрации. Такой гражданин не вправе ссылать-

А.Ф, Попондопуло, опираясь на ст. I Закона «О предприятиях и предпринимательской деятельности» выделял четыре признака предпринимательской деятельности: инициативность и самостоятельность (1), свой риск и своя имущественная ответственность (2), основная цель – получение прибыли (3), обязательная регистрация (4). См.: Правовой режим предпринимательства. СПб.: Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1994. С. 15-20.

Об этом также см.: Тиманская О. В. Понятие предпринимательской деятельности // Правоведение. 1994. № 1. Позиция последнего автора, отвергающего признак регистрации при обозначении существа предпринимательской деятельности, вызывает сомнения с точки зрения нового ГК. Имеется в виду, что п. 4 ст. 23 ГК это только исключение из правила.

ся в отношении заключенных им сделок на то, что он не является предпри* нимателем. Соответствующая норма имеет целью защитить интересы контрагента такого гражданина. В частности, если контрагенты предъявят иски о неисполнении или ненадлежащем исполнении гражданином принятых на себя по сделке обязанностей, то в их интересах в соответствующих случаях действия ответчика будут расценены как нарушение обязательства, связанного с предпринимательской деятельностью.

По этой причине соответствующие нарушения должны влечь, в частности, повышенную ответственность, т.е. такую, которая наступает даже и при отсутствии вины должника. Вместе с тем очевидно что в подобных ситуациях суд не может применять те специальные нормы, которые представляют собой исключение из правил, установленных в интересах предпринимателя (имеются в виду, среди прочего, положения п. 3 ст. 809 ГК, которые устанавливают для заимодавцев-предпринимателей более выгодную презумпцию в отношении возможности взыскания процентов, на которые вправе претендовать заимодавец1).

В ряде случаев непременным условием договора служит участие в нем коммерческой организации. Примером может служить публичный договор (ст. 426 ГК).

Термин «предпринимательский договор» возник лишь недавно. До этого, начиная с кредитной реформы 1930г., применительно к договорам вопрос о действии «гражданских законов по лицам» был связан главным образом с так называемыми «хозяйственными договорами».

В течение определенного времени термин «хозяйственный договор», рассматривался как синоним поставки2- Но затем он приобрел собирательное значение, охватывая всю совокупность договоров, специально сконструированных для их использования в отношениях между организациями3.

' В силу указанной нормы договор займа предполагается беспроцентным только в случаях, когда договор заключен между гражданами на сумму, которая не превышает пятидесятикратного установленного законом размера оплаты труда.

2 См., в частности: Братусь С.Н,, ЛунцЛ.А. Вопросы хозяйственного договора, М.: Гос-юриздат. 1954; Можейко В.Н. Хозяйственный договор в СССР. М.: Госюриздат, 1954.

3 См.: Вильнянский С.И. Лекции по совместному гражданскому праву. Ч. 1. Харьков, 1958. С. 12; Иоффе О.С. Договоры в социалистическом хозяйстве; Вердников В.Г. О плановом характере хозяйственного договора // Советское государство и право, 1966. № 4; Шешенин Е.Д. К вопросу о понятии хозяйственного договора и его соотношении с договором хозяйственных услуг // Ученые труды Свердловского юридического института. Вып. 4. 1964. С, 228 и ел-; Яичков К.К. Договор перевозки в советском праве // Вопросы советского транспортного права- М.: Госюриздат, 1957. С. 263-264 и др.; Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. Минск, 1967; Он же. Хозяйственный договор, каким ему быть? М.; Экономика, 1990.

Основную особенность этих договоров составляло то, что они формировались на основе обязательных для обоих или по крайней мере одного из контрагентов планового акта и подчинялись установленному не только законом, но и плановым актом специальному режиму. И хотя степень предопределенности договоров планом была неодинаковой, для разных договоров, заключенных организациями, и даже в пределах одного типа (вида) договоров (например, поставки), план (плановый акт) сохранял значение основы такого договора. Отмеченное обстоятельство неизменно подчеркивалось законодателем. Достаточно указать на то, что до 1988 г. продолжала действовать ч. 2 ст. 159 ГК 64, которая предусматривала: содержание договора, заключенного на основании планового задания, должно соответствовать данному заданию'.

Исходя из этого в статьи ГК, посвященные наиболее распространенным видам договоров – поставке, подряду на капитальное строительство, перевозке грузов (имелись в виду грузы, принадлежащие «государственным кооперативным и иным общественным организациям»), включалось указание на'то, что соответствующий договор заключается на основе плана2. К этому следует добавить, что из ст. 234 Кодекса 1964 г. вытекала зависимость судьбы договоров от судьбы планового акта, лежащего в его основе:

изменение акта планирования народного хозяйства, во исполнение которого был заключен договор, влекло за собой его автоматическое прекращение или изменение.

По сути, с самого момента появления конструкции «хозяйственного договора» выявилось двоякое к ней отношение. Одна весьма устойчивая группа авторов признавала хозяйственные договоры основным институтом особой отрасли – хозяйственного права. Ее предметом должны были стать хозяйственные отношения, т.е. такие, которые «включают и отношения по руководству экономикой (отношения по вертикали), и отношения по осуществлению хозяйственной деятельности (отношения по горизонтали)». Одновременно считалось, что «особой разновидностью хозяйственных отношений являются отношения внутрихозяйственные»3. Таким образом, создавались предпосылки для формирования конгломерата норм, регулирующих разнородные по самой своей природе, в том числе по кругу участников, отношения. Объединение этих норм в единую отрасль должно было

В 1988 г. в указанную статью внесли существенные изменения: обязательность соответствия договора плановому акту была заменена требованием: «содержание договора, заключенного на основании государственного заказа, должно соответствовать этому заказу».

2 Имеются в виду соответственно ст. 358, 368 и 373 ГК 1964 г.

3 Теоретические проблемы хозяйственного права. М.: Наука, 1975. С. 5-6.

служить теоретическим обоснованием существовавшего будто бы единства указанных трех видов отношений и их противоположности – отношений с участием граждан.

Приведенные взгляды были подвергнуты, главным образом в связи с разработкой Основ 1991 г. и ГК 64, критике сторонниками единства гражданского права и сохранения того же цельного его фундамента в виде Гражданского кодекса. Глубокое обоснование концепции единого гражданского права содержалось в работах С.С. Алексеева, Ю.Г. Басина, С.Н. Братуся, В.П. Грибанова, В.А. Дозорцева, О.С, Иоффе, Ю.Х. Калмыкова, С.М- Корнее-ва, О.А. Красавчикова, А.Л. Маковского, Г.К. Матвеева, Е.А. Флейшиц, А.А. Собчака, В.А. Рахмиловича, Р.О. Халфиной, В.Ф. Яковлева, В.Ф. Яковлевой и др. При этом среди тех, кого можно было назвать представителями школы цивильного права, оказалось немало тех, кто выступал за выделение особой группы – хозяйственных договоров. Общим для взглядов последних было признание хозяйственных договоров особой разновидностью гражданских договоров. Соответственно регулирование таких договоров должно было подчиняться общим нормам гражданского права, а в их числе – общим нормам гражданских договоров. При этом заведомо исключалась необходимость в создании обобщающего акта о таких договорах даже в рамках гражданского законодательства. По этой причине выделение хозяйственных договоров имело главным образом познавательное значение.

Иную позицию занимали представители школы хозяйственного права, высказывавшиеся за принятие наряду с гражданским такого же самостоятельного хозяйственного кодекса. Важнейшим институтом этого последнего должны были стать хозяйственные, противопоставляемые тем самым гражданским, договоры.

В последние годы сторонники хозяйственного права выступают за разработку Торгового (Предпринимательского) кодекса.

По этому поводу следует прежде всего отметить, что исходные позиции сторонников «хозяйственного права» остались в своей основе прежними. Например, в одной из вышедших уже теперь работ предлагается считать все то же хозяйственное право «совокупностью норм, регулирующих предпринимательские отношения и тесно связанные с ними иные, в том числе некоммерческие отношения, а также отношения по государственному регулированию экономики в целях обеспечения интересов государства и общества»'. Чтобы снять всякие сомнения в преемственности соответствующих взглядов, автор счел необходимым особо подчеркнуть сохранение идеи о наборе регулируемых хозяйственным правом отношений. Это долж-

' См.: Мартемьяное В.И. Хозяйственное право: Курс лекций. Т. 1. М.: БЕК, 1994. С.I.

ны были быть «тесно связанные» вертикальные, горизонтальные и внутрихозяйственные отношения. '

Сходную позицию занимает и В.В. Лаптев. Он приходит к выводу, что «хозяйственное право», которое ранее было правом плановой экономики, становится теперь правом предпринимательской деятельности. Предпринимательское право представляет собой хозяйственное право рыночной экономики. О сущности предлагаемой отрасли можно судить по тому, что в ней «будут аккумулированы различные виды отношений – между предприятиями, а также предприятиями и государственными органами». И далее:

«Регулирование этих отношений в едином законе позволяет институционально согласовать их»'.

Сторонникам хозяйственного права оказалось трудно вписаться в систему рыночных отношений. В этой связи авторы, разделяющие указанные исходные положения, вынуждены облекать соответствующие идеи в несколько иную форму, сохраняя, однако, их существо.

Так, в частности, В.В. Лаптев усматривает тесную связь Гражданского и Предпринимательского кодексов в том, что первый из них определяет «общие положения, которые обязательны для всех видов деятельности, в том числе для предпринимательской»2. Но все дело в том, что указанная особенность ГК при создании хозяйственного (предпринимательского) кодекса полностью исчезнет. Имеется в виду, что, если нормы этого Кодекса станут, как предлагают, считаться специальными нормами3, это означает, что они должны обладать безусловным приоритетом по отношению к нормам (общим нормам) Гражданского кодекса. Следовательно, применительно к договорам и другим правоотношениям «общие положения» сразу же утратят свою силу только потому, что отличные от предусмотренных в ГК правила появятся в Предпринимательском (т.е. специальном) кодексе. И если теперь единство правового регулирования гражданского оборота, сре-ди прочего, обеспечивается верховенством Кодекса по отношению к другим федеральным законам, то с принятием Предпринимательского кодекса как специального акта указанная гарантия цельности гражданского права окажется утраченной.

' Лаптев В.В. О предпринимательском праве // Государство и право. 1995. № 1. С. 49 и 52.

2 См.: Государство и право. 1995. № 1.

3 В.В. Лаптев откровенно признает, что нормы Предпринимательского кодекса будут нормами специальными, а потому пользоваться преимуществом по отношению к Гражданскому кодексу (см.: Лаптев В.В. О предпринимательском законодательстве // Государство и право. 1995. № 5. С- 53).

Полагаем, что при решении вопроса о хозяйственном (предпринимательском, торговом) кодексе важнейшее значение приобретает, среди прочего, и следующее обстоятельство.

В соответствии с п. 1 ст. 2 ГК отношения с участием лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, составляют предмет гражданского законодательства. При этом Кодекс с учетом особенностей указанных отношений в необходимых случаях выделяет их регулирование. В подтверждение достаточно сослаться только на те главы Кодекса, которые посвящены отдельным видам договоров. Эти главы (их всего 29) насчитывают 610 статей. Если выделить в них главы и отдельные параграфы, из характера которых вытекает, что они рассчитаны целиком на участие предпринимателей, то на их долю придется 262 статьи'. Все остальные «договорные» статьи рассчитаны по общему правилу на отношениях, которые по крайней мере не исключают участия предпринимателей.

К этим цифрам можно добавить сведения, почерпнутые из алфавитно-предметного указателя к ГК, составленного О.Ю. Шилохвостом2. В частности, в нем выделены статьи, в которых специально подчеркнуто, что они распространяются на отношения, складывающиеся в области предпринимательской деятельности. Таких статей оказалось около пятидесяти. К этому следует добавить еще 14 случаев специального упоминания об индивидуальной предпринимательской деятельности, а также то, что Кодекс 15 раз указывает в качестве стороны в договоре коммерческие организации, а в 80 его статьях специально указано, что имеются в виду как раз договоры между юридическими лицами.

Таким образом, есть все основания полагать, что Гражданский кодекс является в такой же мере кодексом предпринимателей, как и граждан.

На наш взгляд, спорными являются взгляды и тех, кто считает предпринимательское право комплексным образованием, регулирующим особого рода отношения в сфере хозяйствования:

хозяйственно-имущественные, хозяйственно-управленческие и внутрихозяйственные. Как комплексное образование хозяйственное право не имеет собственного предмета и метода

' Имеются в виду 14 глав и параграфов: «Розничная купля-продажа», «Поставка товаров», «Поставка товаров для государственных нужд», «Энергоснабжение», «Продажа предприятия», «Прокат», «Аренда предприятий», «Бытовой подряд», «Подряд на работы для государственных нужд», «Перевозка», «Транспортная экспедиция», «Кредит», «Финансирование под уступку денежного требования», «Банковский вклад», «Банковский счет», «Расчеты по аккредитиву», «Расчеты по инкассо», «Расчеты чековые», «Хранение на товарном складе», «Страхование», «Доверительное управление имуществом», «Коммерческая концессия».

См.: Гражданское законодательство России. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 481 и ел.

правового развития. Оно формируется и развивается на стыке публичного и частного права. В предмет хозяйственного ведения невозможно включить диаметрально противоположные хозяйственно-имущественные (гражданские) и хозяйственно-управленческие и внутрихозяйственные'.

Из дальнейших рассуждений автора можно сделать вывод, что в значительной мере речь идет о признании хозяйственного права совокупностью актов, действующих в хозяйственной сфере. Не случайно термин «хозяйственное право» заменяется в конце концов другим – «хозяйственное законодательство», которое должно означать совокупность разнообразных актов, содержащих нормы различных отраслей права. Единственное, объединяющее их, – то, что все они входят в сферу хозяйствования. В этой связи возникают все же вопросы, связанные с применением норм предлагаемой отрасли. Один из них – как будут восполняться пробелы в правовом регулировании, которые всегда существовали и будут существовать в любой отрасли? Во всяком случае, один метод – аналогия права – начисто отпадает.

Нам представляется, что в предлагаемом варианте трудно отличить «хозяйственное законодательство» от простого сборника актов, применяемых в различных отраслях хозяйства.

Несомненный интерес в рамках общей проблемы действия договорного права по лицам представляет позиция дореволюционного русского права. Господствовавшая среди ее представителей точка зрения сводилась к отрицанию возможности существования предпринимательского права как самостоятельной отрасли и одновременно к отрицанию необходимости создания специального, охватывающего исключительно область предпринимательского права торгового кодекса. Соответственно в течение нескольких десятилетий и вплоть до Октябрьской революции в России разрабатывалось' единое Гражданское уложение.

Следует отметить, что даже авторы, издававшие в разное время работы, посвященные регулированию предпринимательских отношений, считали соответствующие нормы гражданско-правовыми2.

' См.: Белых С.А. Теория хозяйственного права в условиях становления и развития рыночных отношений в России // Государство и право, 1995, № 11. С. 57 и 59.

2 Так, например, Л.С. Таль в книге «Очерки промышленного права» подчеркивал, что положение имущества как объекта оборота» регулируется «гражданским правом» (Указ. работа. М., 1916. С. 1), А.И. Каминка в книге «Основы предпринимательского права» (Петроград, 1917), как видно из ее

содержания, ограничивал предпринимательское право лишь регулированием внутренних отношений в рамках соответствующего юридического лица. Таким образом, несмотря на столь созвучное взглядам сторонников хозяйственного права наименование своих книг, указанные авторы решительно отмежевывались от дуализма, последовательно выступая за единое гражданское право.

Едва? ли не единственное исключение в России составляла книга А.Ф. Федорова. При этом в ряду используемых им основных аргументов в защиту самостоятельности торгового права был и такой: космополитический характер соответствующей отрасли, позволяющий легче переходить через национальные особенности гражданского права отдельной страны'.

Автор указывал прежде всего на исторические корни в России, имея в виду в разное время принятые на этот счет законы. Он начинал с «Русской Правды», которая имела четыре статьи, посвященные торговле, включая одну, устанавливавшую на случай банкротства три очереди (первая – иностранные купцы, вторая – казна, третья – остальные). В книге также отмечалось последующее ограничение прав иностранных купцов при царе Алексее Михайловиче (например, участие в ярмарках дозволялось им лишь при наличии специального разрешения с «красной печатью»), выделялся закон Петра I, допускавший в фискальных интересах участие купцов в торговле лишь под собственным именем, и др. Среди прочего А.Ф. Федоров указывал и причины «догматические»: для правильного развития торговля-нуждается в особых условиях, которые придают свойственным ей операциям исключительный, присущий только торговым сделкам характер.,^ числу таких особенностей автор относил «свободу заключения сделок, быстроту, кредит и добросовестность»2.

Появление идей А.Ф. Федорова несомненно было связано с развитием , законодательства о купцах, с одной стороны, и отсутствием кодификацией-. ного гражданско-правового акта в России, с другой.

Приведенные идеи дуализма не получили развития в русской дореволюционной литературе. Последовательными сторонниками монизма (единства) гражданского права были, а частности, Г.Ф. Шершеневич, К.И. Малышев и др. В указанное число входил и Вс. Удинцев, хотя и полагавший, что единство, о котором идет речь, не препятствует особому изучению торгового права3.

А.И. Каминка в книге «Основы предпринимательского права» свел предмет этого права к предпринимательству, так ни разу и не упомянув в нем «особого предпринимательского права». Для него весь смысл состоял в необходимости выделять особую правовую фигуру – предпринимателя. ' Истоки этой необходимости он усматривал в известном завете Катона своему сыну: «Вдове простительно не преумножать полученное ею имущество,

См.: Федоров А.Ф. Торговое право. Одесса, 1911. С- 14-15. 2 См. там же. С. 101. См.: Удинцев В.С. Русское торгово-промышленное право. СПб., 1907. С. 8.

но сын должен оставлять своим детям больше, чем сам получил в наследство»'.

Для иллюстрации исходных положений сторонников монизма можно привести следующее утверждение Г.Ф. Шершеневича: «Купцы заинтересованы в том, чтобы то право, с которым они свыклись, распространяло свое действие на все вообще отношения, в которые они вступают. Против такого распространения восстают некупцы, заявляя, что они считают несправедливым подчиняться действию чуждого им права. Но, с другой стороны, для купцов отпадает ценность торгового права, которое бездействует в отношении многочисленных сделок, заключаемых ежедневно с лицами, не принадлежащими к купеческому миру»2.

Подчеркивая частно-правовой характер того, что принято было называть торговым правом, Г.Ф. Шершеневич сформулировал и такое, имеющее принципиальное положение: «Если торговый оборот, вследствие некоторых обстоятельств, успел добиться для себя таких норм, которые чужды гражданскому обороту и даже прямо противоположны нормам гражданского права, тем не менее, помимо этих специальных и исключительных норм, торговые отношения все же регулируются общегражданским правом так же, как и гражданские. Это весьма понятно, потому что отношения между частными лицами, возникающие из торгового оборота, являются вместе с тем составной частью гражданского оборота»3.

Тот же Г.Ф. Шершеневич обратил внимание на то, что каждый договор уже в силу того, что он договор, порождающий обязательство, предполагает применение общей части обязательственного права, а в силу того, что он сделка, – применение общей части гражданского права. Одновременно отмечалось, что «торговое право не претендует на научную самостоятельность. Это не более как монографическая разработка отдела Гражданского права, вызванная практическим интересом. В стране земледельческой по преимуществу, как Россия, с таким же, если не с большим, основанием могло бы выделиться в преподавании и в литературе поземельное право, и опять-таки без претензии на научную самостоятельность, а как монография по гражданскому праву»4. Все отмеченное несомненно относится и к современному праву.

' КаминкаА.И. Основы предпринимательского права. Петроград, 1917.

2 Цит по: Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. 1. С. 61.

3 Там же. С. 17 и 18.

4 Там же. С. 1&-18.

11. ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ДОГОВОРНОГО ПРАВА ПО АНАЛОГИИ

Статья, посвященная аналогии, впервые появилась в новом ГК. До этого применение аналогии основывалось на ст. 10 Гражданского процессуального кодекса РФ (1964 г.). Перенесение соответствующей нормы вместе с необходимыми дополнениями из Гражданского процессуального кодекса (ГПК) в ГК (ст. 6) объясняется тем, что положения об аналогии связаны с основными, именно материальными нормами, и, в частности, с теми из статей ГК, которые находятся в его гл. 1 «Гражданское законодательство».

Включение положений об аналогии в материальный кодекс расширило ее значение. Если раньше соответствующие положения, как и все вообще нормы ГПК, были рассчитаны на применение их исключительно судом, то теперь они в рамках гражданского законодательства стали частью всего правоприменительного режима.

Подобно ст. 10 ГПК, которая утратила силу как противоречащая позднее принятому ГК, ст. 7 действующего Кодекса различает аналогию закона и аналогию права.

К той и другой прибегают в случаях, которые в силу ст. 2 ГК удовлетворяют признакам гражданских правоотношений, но не урегулированы ни законодательством, ни соглашением сторон, и, кроме того, отсутствует применимый к ним обычай делового оборота. При этом следует иметь в виду ряд обстоятельств.

Во-первых, термин «законодательство» употребляется в данном случае распространительно. Следовательно, применение норм договорного права по аналогии возможно только при условии, когда отсутствует соответствующее положение не только в Кодексе или другом законе, но также в принятых в силу п. 3 ст. 3 ГК указах Президента РФ, постановлениях Правительства РФ, а также в актах министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, изданных в рамках их компетенции.

Во-вторых, нормативные акты применяются впереди аналогии права независимо от того, имеется ли к нему прямая отсылка в нормативном акте или нет.

В-третьих, регулирование в законодательстве предполагает также применение впереди аналогии, при наличии достаточных оснований, распространительного толкования действующих норм.

В-четвертых, содержащийся в пп. 1 и 2 ст. 2 и ст. 6 ГК перечень предшествующих применению аналогии источников составляет определенную иерархию: все начинается с Кодекса и кончается обычаем делового оборота.

В-пятых, применение аналогии исключается, если это будет противоречить существу договора. Речь идет главным образом о случаях, когда

императивные нормы, которые регулируют сходные отношения, заведомо, ограничивают рамки соответствующей модели. Так, например, к договору между гражданами, которым предусмотрена обязанность одного из них предоставить денежные средства взаймы другому, не могут применяться по аналогии правила о кредитном договоре, поскольку в силу п. 1 ст. 819 ГК одной из сторон кредитного договора должен непременно выступать банк или иное кредитное учреждение.

В-шестых, Кодекс закрепляет традиционную последовательность применения обоих видов аналогии: в первую очередь применяется аналогия закона и лишь при ее безуспешности – аналогия права.

В-седьмых, при применении аналогии права исходить из общих начал и смысла гражданского законодательства можно по новому ГК, только соблюдая одновременно три тесно связанных, взаимодополняющих требования: добросовестности, разумности и справедливости.

Аналогия закона выражается, в частности, в том, что к соответствующим договорным отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, которое регулирует сходные договоры.

В разных главах ГК, посвященных определенным типам договоров, содержится прямая отсылка к другим главам. Так, например, учитывая несомненное сходство двух типов договоров – купли-продажи и мены, ГК включил в главу о мене отсылку к главе о купле-продаже.

А вот другой пример: ст. 1011 ГК, которая, регулируя агентские отношения в зависимости от того, действует ли агент от имени принципала или от собственного имени, отсылает к правилам главы о договоре поручения или о комиссии. И в этом случае руководствуются подобной той, которая включена в главу о договоре мены, оговоркой: «Если эти правила не противоречат положениям настоящей главы или существу агентского договора».

Сходный прием используется ГК, когда в рамках одной главы и, следовательно, одного договорного типа к конкретному виду договоров отсылает статья, включенная в параграф, который посвящен другому виду договоров того же типа. Так, на отношения по договору контрактации, не

урегулированные правилами, которые содержатся в одноименном параграфе, распространяются нормы о договоре поставки, а в соответствующих случаях – о поставке товаров для государственных нужд (п. 2 ст. 535 ГК). Если иное не установлено специальными правилами о купле-продаже предприятий, к подобного рода отношениям применяются правила о продаже недвижимости (п. 2 ст. 549 ГК). Таких случаев оказалось особенно много, поскольку включение в одну главу нескольких видов договоров становится в принципе возможным именно благодаря их сходству.

Законодательные акты, и прежде всего ГК, используют различные по характеру отсылочные нормы. Большая часть из числа последних являются императивными. Речь идет о случаях безусловной отсылки. Например, п. 3 ст. 730 ГК предусматривает, что «к отношениям по договору бытового подряда, не урегулированным настоящим Кодексом, применяются законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии

с ними».

Однако в новом ГК чаще встречаются отсылочные нормы, при которых окончательное решение об использовании их адресата принимают суд и иные лица, применяющие нормы права. Один из примеров предусмотрен в ГК (п. 2 ст. 585). Имеется в виду применение к договору ренты, по которому имущество передается за плату, правил о купле-продаже, а к такому же безвозмездному – правил о договоре дарения, но лишь в случаях, когда иное не установлено правилами главы о ренте и пожизненном содержании с иждивением и не противоречит существу договора ренты.

Классическая модель отсылочной нормы – та, при которой она включается в правовой массив одного договора и содержит отсылку к другому, например ст. 641 («Особенности аренды отдельных видов транспортных средств») – к транспортным уставам и кодексам, нормы которых могут применяться лишь субсидиарно по отношению к статьям соответствующей главы ГК. Существует и прямо противоположная модель, при которой соответствующая норма, носящая отсылочный характер, включена в массив, регулирующий договор, который является адресатом отсылки. Так, п. 6 ст. 447 ГК («Заключение договора на торгах») содержит указание на то, что его нормы, т.е. нормы материального права, если иное не предусмотрено процессуальным законодательством, распространяются на торги, проводимые в порядке исполнения решения суда. Этот последний вариант с технической стороны менее удачен. Кроме того, он не учитывает, что отсылочная норма – часть режима, установленного для того правоотношения (договора), в котором обнаруживается пробел, а не того, который служит адресатом нормы.

Особый характер носят отсылочные нормы в главах, посвященных отдельным типам договоров. Имеются в виду отсылки к соответствующим нормам подраздела «Общие положения о договорах». В указанных случаях смысл отсылочной нормы состоит лишь в том, чтобы подтвердить соответствие относящейся к конкретному договору ситуации той, которая предусмотрена в одной из статей «Общих положений о договорах». Такой особенностью обладают отсылки в главах об отдельных типах договоров к статьям о публичных договорах (см., например, п. 2 ст. 492 «Договора розничной купли-продажи», п. 2 ст. 730 «Договора бытового подряда» и др.);

Из приведенных примеров видно, что отсылочные нормы могут быть разделены на две группы. Одни из них – они составляют в договорном праве меньшинство – имеют справочный характер. Эти нормы направлены на снятие возможных споров. Вместе с тем они ничего не добавляют к самому правовому режиму, т.к. особенность соответствующих договоров предопределяет отнесение их к числу публичных. Точно так же ничего не добавляют отсылки в главах об отдельных договорах к главам

общих положений об обязательствах или договорах. Это объясняется тем, что необходимость использовать в соответствующих случаях указанные в качестве адресатов нормы (имеются в виду отсылки к ст. 314 в п. 1 ст. 457, ст. 424 в п. 1 ст. 485 и др.) прямо предусмотрена п. 4 ст. 420 ГК (к обязательствам, возникшим из договоров, применяются общие положения об обязательствах, если иное не предусмотрено правилами подраздела 2 раздела III («Общие положения о договоре») и правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в Кодексе)-

Во всех остальных случаях использование соответствующей нормы, заведомо рассчитанной на другую модель договорного правоотношения, возможно лишь при условии, если применение этой последней обусловлено наличием отсылочной нормы. Роль таких норм – внести определенность во взаимоотношения сторон, поскольку в противном случае применение соответствующей нормы основывалось бы на ст. 6 ГК, т.е. аналогии, и тем самым могло бы стать предметом спора.

Подобного рода отсылки составляют специальную разновидность норм. По своей структуре отсылочная норма существенно отличается от всех остальных, хотя бы уже потому, что не имеет традиционной для норм структуры. Имеются в виду общепризнанные элементы нормы – такие, как гипотеза, диспозиция и санкция. Смысл отсылочных норм состоит в том, что они регулируют поведение участников оборота через правило, заведомо рассчитанное на другие отношения, отличающиеся от данного прежде всего по содержанию, а в ряде случаев также и по объекту.

Всякий раз, когда законодатель включает в ГК или в иной акт такого рода норму, он исходит из сходства соответствующих правоотношений, достаточного для унификации регулирования всего комплекса вопросов, относящихся к определенному договору, или одного какого-либо вопроса.

Одна из целей регулирования с помощью отсылочных норм состоит в том, что тем самым допускается в соответствующих пределах унификация правового режима. Но это достоинство превращается в недостаток, если учесть, что при использовании отсылочных норм законодатель иногда вынужден пренебречь в определенной мере спецификой договора, чье регулирование включает отсылку к другому договору.

В качестве примера можно сослаться на договор мены. И ст. 196 ГК 22, и ст. 255 ГК 64 ограничивались общей отсылкой к договору купли-продажи. В то же время новый Кодекс счел необходимым указать на то, что такая отсылка действует только при условии, если это не противоречит правилам самой главы о мене и существу мены'. При этом отсутствие оговорок означает полное использование соответствующих норм главы (параграфа), которые служат адресатом. Именно так происходит с указанным договором. Хотя в определении мены идет речь о движении именно вещей (товаров), но из п. 4 ст. 454 ГК («Договор купли-продажи») можно сделать вывод, что предметом мены могут служить и права, если иное не вытекает из их содержания или характера.

В литературе возник вопрос о природе отсылочных норм. О.С. Иоффе считал все такого рода случаи разновидностью аналогии закона, подчеркивая, что «следует различать аналогию, к которой, в виду пробела в законе приходится прибегать в процессе его применения, и аналогию, вводимую самим законодателем»2. Такую же позицию занимал и О.А. Красавчиков3.

Приведенный вывод вызывает определенные возражения. На наш взгляд, отсылка, которая содержится в правовой норме, не может рассматриваться как аналогия закона, поскольку родовым признаком этой последней служит то, что она призвана восполнять обнаруживаемый в законе пробел.

Между тем в данном случае пробела нет: отсылочная норма и ее адресат представляют собой единое правило поведения, включенное в закон (в ГК). Кроме того, при ином решении, т.е. признавая, что речь идет о действии аналогии закона, пришлось бы руководствоваться ст. 6 ГК («Применение гражданского законодательства по аналогии») в ее полном объеме. А значит, если иметь в виду совершенно гипотетический случай – законодатель почему-либо исключил из Кодекса указанную статью и тем самым отказался от аналогии закона, то все отсылочные нормы, о которых идет речь, утратили бы силу. Полагаем, что такого рода результата отмена ст. 6 влечь не должна.

Отличие отсылочной нормы от применения закона по аналогии состоит в том, что в последнем случае сходную норму определяют стороны или

' Такая запись могла появиться только в ГК, поскольку в нем, в отличие от предшествовавших кодексов, глава о мене содержит прямо рассчитанные на регулирование данного договора нормы: о ценах и распределении расходов, встречном исполнении обязательств, переходе права собственности и ответственности за изъятие товара, приобретенного по договору (ст. 567-571 ГК).

2 Иоффе О.С.. Толстой Ю.К. Новый гражданский кодекс РСФСР. Л.: Изд-во ЛГУ, 1965. С.30.

3 См.; Советское гражданское право. Т. 1. М.: Высшая школа, 1985. С. 64-65; Советское гражданское право. Т. 1. М.: Высшая школа. 1972. С. 52.

суд, рассматривающий возникший спор, а в первом – при отсылочной норме – сам законодатель. Это означает, что те и другие приемы занимают разную ступень в вертикальной иерархии. Стороны могут отступить от применения норм, регулирующих сходные отношения. И наоборот, они не могут поступить подобным образом при отсылочной норме. Таким образом, отсылочная норма – часть правового регулирования, а аналогия – лишь способ восполнения его пробелов.

Из этого, в частности, вытекает, что при первой ситуации правовое регулирование оказывается более определенным, в принципе не отличающимся от регулирования, осуществляемого прямыми нормами.

В период, предшествующий принятию ГПК 1964 г., действовала ст. 4 ГПК 1922 г., которая упоминала только об аналогии права. В этой связи выдвигалось предложение признать в будущем возможность также и аналогии закона. Противником указанного предложения был И.Б. Новицкий. Он считал аналогию «закона» опаснее аналогии права. И соответственно делал вывод, что и de lege ferenda нет оснований идти дальше ст. 4 ГПК: «Правомочия, предоставленные суду этой статьей, вполне достаточны для того, чтобы суд мог решать вопросы, не предусмотренные законодательством»'.

На наш взгляд, в действительности из двух видов аналогии – закона и права – несомненно, именно первая, при которой границы судебного усмотрения более ограничены, позволяет с большими основаниями создавать устойчивую практику применения законодательства для нетипичных случаев, способную заменить прямое законодательное регулирование.

Многолетняя судебная практика подтвердила, что аналогия закона имеет право на существование. Благодаря ей, например, в свое время получили правовую защиту отношения безвозмездного пользования имуществом (договор ссуды), к которым применялись нормы о договоре имущественного найма, деятельность в интересах другого лица без поручения, на которую распространили по аналогии нормы о неосновательном обогащении. Таким же образом получали правовую защиту отношения из договора хранения, пожизненного содержания с иждивением и др. Одним из последних случаев широкого применения аналогии закона можно считать использование ее

для трастового договора2. Имеется в виду, что суды применяли к отношениям, не вполне точно именовавшимися «трастом», нормы о договорах поручения или комиссии. Первые – когда лицо, которому имущество было передано, вступало в отношения с третьими лицами от собственного имени, а вторые – выступали от имени того. кто передал данное имущество.

' Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права, С. 120 и 124. В настоящее время ГК содержит специальную главу (гл. 53), посвященную «доверительному управлению имуществом»,

Вопрос о месте аналогии в вертикальной иерархии решил сам закон в п. 1 ст. 6 (как же отмечалось, это место – последнее).

На практике может возникнуть вопрос о месте той же аналогии в горизонтальной иерархии: имеется в виду случай, когда происходит коллизия между нормой, регулирующей сходный договор, и той, которая находится в общей части. Например, заключен договор, прямо в законе не урегулированный, но близкий к подряду, и в суде возник спор о последствиях существенного повышения стоимости материала. Если, руководствуясь аналогией закона, будет применен п. б ст. 709 ГК, это означает, что заказчик при отказе подрядчика от увеличения установленной цены может требовать только расторжения договора. Между тем, если вместо аналогии закона суд будет руководствоваться ст. 451 ГК, в указанных в ней случаях может быть вынесено решение об изменении договора.

Сталкиваясь с подобными коллизиями, следует, очевидно, иметь в виг ду, что признание приоритета общей нормы из раздела III ГК по отношению к избранной в силу аналогии специальной норме из раздела IV ГК пор влекло бы за собой ряд негативных последствий хотя бы уже потому, что для схожих отношений будет установлен разный режим. Между тем сама идея аналогии закона имеет другую основу – обеспечить совпадающий режим для сходных отношений. Указанное обстоятельство учел законодатель и постарался избежать коллизии. Смысл соответствующей нормы о применении аналогии закона в том, что этот запасной вариант призывается к действию тогда, когда отношения «прямо» не урегулированы законодательством. Применительно к договорам таким прямым законодательством служат прежде всего нормы специальные, содержащиеся в главе, посвященной отдельным видам договоров. Следовательно, нормы общей части обязательственного права могут применяться только тогда, когда они становятся «прямым» законодательством из-за отсутствия возможности использовать ту же или хотя бы сходную модель со специальным регулированием.

Статья б ГК в пункте втором регулирует вопрос об аналогии права. Суть этого вида аналогии состоит в том, что права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и: смысла гражданского законодательства.

В истории развития гражданского законодательства аналогия права использовалась крайне редко. Одно из немногих исключений, получившее большой резонанс и даже отражение в законодательстве, – признание существования в гражданском праве обязательств из спасания социалистической собственности, впоследствии – гл. 41 ГК 64'.

Первым высказал идею о необходимости признания юридической силы обязательств из спасания социалистической собственности С.Н. Ландкоф (Новая катего-

Следует ожидать, что и в будущем вряд ли аналогия права получит большое развитие в условиях значительного расширения как видов поименованных в ГК договоров, так и общей части обязательственного права.

Отмеченное обстоятельство нисколько не умаляет значения существования второго пункта ст. 6. Возможность применения аналогии права служит гарантией участникам гражданского оборота, что любой возбужденный спор, в частности связанный с заключенными ими договорами, суд может, а значит, и должен решить, опираясь на действующее законодательство.

Аналогия закона имеет много общего с распространительным толко-йанием. Прежде всего это относится к их цели: в том и другом случае речь идет о восполнении пробелов в законодательстве. Общим для аналогии закона и распространительного толкования является и то, что они опираются на определенную норму действующего законодательства. Есть между ними и существенные различия. Они весьма точно определены Е.А. Васьковским':

«Распространительное толкование раскрывает действительную мысль законодателя, расширяет согласно с ним словесный смысл нормы, аналогия идет дальше и применяет норму и в случаях, которые не обнимаются действительной мыслью законодателя. Как аналогия закона, так и аналогия права сводятся к следующему логическому процессу: нужно подвергнуть анализу данный случай, отыскать в законодательстве (или добыть из него) норму, регулирующую другой случай, тождественный с данным во всех юридически существенных элементах, рассмотреть юридический принцип, приведенный в этой норме, и применить его к данному случаю».

12. ТОЛКОВАНИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ

Законы и другие правовые нормы, определяющие порядок заключения договора, границы его содержания и последующую динамику, принимает государство. А применяют правовые акты участники гражданского оборота, суд и другие государственные органы и органы местного самоуправления.

Толкование правовых норм имеет особое значение при использовании договоров. Оно позволяет сторонам определять поведение на стадиях заключения договора и его исполнения, учитывать, что можно и чего не сле-

рия обязательств в советском гражданском праве: Юридический сборник. Киев:

КГУ, 1948). По понятным причинам обязательства вследствие спасания социалистической собственности не были включены в ГК. Соответствующая защита интересов потерпевшего осуществляется теперь в рамках гл. 50 «Действия в чужом интересе без поручения». Имеется в виду ст. 988 ГК. ' Васьковский Е.А. Указ. работа. С. 269-270.

дует ожидать от права и как восполнить его пробелы, а в конечном счете, как связать собственные интересы с предписаниями права.

Любая правовая норма как таковая представляет собой абстрактное правило поведения, которое реализуется в актах его применения. Связующим звеном между нормой и ее применением служит понимание нормы, или иначе, ее толкование. Толкование предполагает проверку подлинности норм (высшую критику) и уяснение их смысла (низшую критику). Особое значение среди всех видов толкования – правового определяется в конечном счете тем, что, как подчеркивал Е.В. Васьковский, ссылаясь на Ф. Са-виньи, «нельзя оговариваться не только незнанием права, но и непониманием или неправильным пониманием его... Незнание и ошибка обсуждаются в юриспруденции одинаково»'.

Техническая сторона толкования различного рода норм достаточно подробно разработана в

разноотраслевой литературе. Способы толкования принято классифицировать по ряду критериев. Применительно к тому, как осуществляется классификация, различают толкование аутентичное (исходящее от органа, издавшего норму), легальное (исходящее от органа, наделенного необходимой компетенцией), судебное (исходящее от соответствующего судебного органа) и доктринальное (исходящее от науки). Когда говорят о его способах, различают толкование грамматическое, логическое, систематическое и историческое. Наконец, по объему выделяют толкование ограничительное и распространительное.

Перечисленные виды и способы толкования давно уже сформировались в литературе, опиравшейся на обобщения практики применения правовых норм. Некоторые из указанных способов в свое время находили отражение в законодательстве. Примером может служить Вводный закон к ГК 22, который допускал распространительное толкование Кодекса и устанавливал пределы такого толкования2.

Способы толкования имеют вторичное значение, поскольку первичным является его цель. Применительно к толкованию законов целью служит уяснение подлинной воли законодателя. Исходным материалом для этого выступает внешняя форма закона, которой служит словесное выражение нормы. Как справедливо подчеркивал А.С, Пиголкин, «если мы признаем, что в процессе толкования права необходимо установить волю законодателя, то это означает, что мы должны выяснить не то, что законодатель

' Васьковский Е.В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. 20. . .

2 Пункт 5 этого Закона содержал указание на то, что «распространительное толкование Гражданского кодекса РСФСР допускается только в случае, когда этого требует охрана интересов Рабоче-крестьянского государства и трудящихся масс».

выразил в нормативном акте, а то, что он хотел выразить»'. Именно этой цели и должны служить способы толкования.

Вместе с тем следует учитывать, что любая норма абстрактна, а тот, кто ее применяет имеет дело с конкретным отношением, которое развивается в конкретных обстоятельствах. Это имеет особенно важное значение для гражданского права, модели которого создаются, за редким исключением по согласованной воле сторон.

Прямой реакцией на объективно существующий разрыв между нормой и ее применением – разрыв, перешедший от римского права с его идеей беспробелыюсти права, – было создание пресловутой школы «свободного права». Исходной ее целью служило существование помимо норм права, принятых государством, также и других норм, «назначение которых – оценить, восполнить, развить или опровергнуть право, исходящее от государства»2. Соответствующая идея получила прямое выражение в широко известной ст. 1 Швейцарского гражданского кодекса, в силу которой «при отсутствии в законе соответствующего положения суд должен решать согласно обычному праву, а при отсутствии обычая – согласно правилам, которые он установил бы, будучи законодателем. Суд следует при этом взглядам, принятым в науке и в судебной практике».

Подобная крайность вызвала обоснованно серьезные сомнения у многих авторов, и в результате были созданы многочисленные, существенно отличные одна от другой концепции. Интерес вызывает в этом смысле книга А.В. Завадского «К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в новейшей немецкой литературе (школа свободного права и др.)». Она представляет собой последовательное изложение различных концепций по указанному вопросу. При

этом выделялись в ней только широко известные, оригинальные концепции. Таких принципиально отличных одна от другой концепций оказалось общим счетом двадцать пять.

Со «школой свободного права» непосредственно связана идея создания «каучуковых норм». Имеется в виду принятие государством таких норм, которые оставляли бы суду полную возможность выносить решение, по своему усмотрению растягивая или сужая до произвольно избранных пределов принятое законодателем правило.

В русской дореволюционной литературе решительным противником таких норм был И.А, Покровский. В этой связи он подверг резкой критике

' Пигоякин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М.: Юриздат, 1962. С. 21. 2 Цитированное положение Я.А. Канторовича приведено в кн.: Завадский А. В. К учению о толковании гражданских законов: Новейшие течения по этому вопросу в немецкой литературе (школа свободного права и др.). Казань, 1916. С. 6.

не только Швейцарский гражданский кодекс, но и Германское гражданское уложение, а также авторов проекта российского Гражданского уложения. Основной его аргумент состоял в необходимости оградиться от того, что он понимал как «усмотрение субъективно свободное» суда'. Новый Гражданский кодекс пошел по своему пути. Он использует весьма широко «оценочные категории», следуя в этом смысле, в частности, международной практике (имеется в виду, например, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи). Применительно к договорной области такого рода нормы рассматриваются, среди прочего, как один из элементов договорной свободы. Кроме того, соответствующие нормы призваны предоставить судам в достаточно определенных пределах возможность учитывать при рассмотрении дел особенности каждой в отдельности ситуации2. Это имеет особое значение для случаев, когда сама соответствующая норма носит императивный характер и в противном случае должна была бы предполагать однозначность поведения адресатов3.

Применительно к современному ГК следует прежде всего отметить, что в нем есть и некоторое число «каучуковых общеупотребительных норм» – это те, в которых употребляются понятия «добросовестность», «разумность» и «справедливость». Речь главным образом идет о п. 2 ст. 6 ГК. При всей их растянутости такие понятия все же подвержены определенной оценке, и поэтому более точным является название соответствующих норм «оценочными». Такие нормы используются прежде всего для установления определенных рамок судебного усмотрения. Имеется в виду, что в указан-

' См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917. С.64-72.

2 А,Ф. Черданцев объяснял появление «оценочных норм» причинами двоякого рода:

возможностью более полного охвата реализуемых отношений, а также их изменения в будущем (Черданцев А.Ф, Толкование советского права. М-: Юрид. лит., 1979. С. 94).

3 С учетом специфики уголовного права новейший уголовный кодекс пошел по пути, прямо противоположному тому, который избрал новый ГК. Имеется в виду, что ряд статей УК снабжен примечаниями, в которых конкретизируются максимальным образом используемые в тексте статьи понятия. Так, например, указав в ст. 158 на такие квалифицирующие признаки, как «крупный размер» и «неоднократность», Кодекс уточняет, что под крупным размером «признается стоимость имущества, в пятьсот раз превышающая минимальный размер оплаты труда, установленный

законодательством Российской Федерации на момент совершения преступления», а под «неоднократностью)) – совершение преступления, если ему предшествовало совершение одного или более преступлений, предусмотренных соответствующими статьями Кодекса. Совершенно ясно, что тем самым выражается принципиальное различие в социальном назначении той и другой отрасли.

ной норме ГК содержится теперь двойное ограничение применения аналогии права. Во-первых, – это необходимость учета общих начал и смысла Гражданского законодательства и, во-вторых, – то, что решение, отвечающее общим началам и смыслу гражданского законодательства, должно, кроме того, соответствовать требованиям добросовестности, разумности и справедливости.

В подтверждение того, что ГК пошел по пути расширения применения каучуковых (оценочных) норм в целом и в отношении договоров в особенности, можно сослаться прежде всего на то, что общее количество используемых разновидностей подобных гибких понятий в его первой и второй частях превышает семьдесят. Значительное их число может быть определенным образом сгруппировано вокруг одного, формирующего группу (гнездо) понятия.

Первое место по количеству норм, в которых оно использовано, и их значимости занимает гнездо, которое образуется вокруг почти неизвестного ранее нашему праву понятия «разумный»1.

Имеется в виду, в частности, «разумный срок» (ссылки на него приводятся в ГК 36 раз), а наряду с ним – «разумные расходы», «разумное ведение дел», «разумная мера», «разумная цена», «разумно», «разумность», «разумная заботливость», «разумное понимание», «разумно произведенные».

Второе понятийное гнездо связано с термином «обычный»: «обычно предъявляемые требования», «обычно применяемое правило», «обычная практика», «обычно устанавливаемая цена», «обычный способ», «обычный срок», «обычные условия», «национальный обычай».

Третье имеет в качестве ключевой формулу «необходимый». Соответственно выделяются «необходимые меры», «необходимые условия», «необходимые расходы», «необходимость», «необходимое для осуществления», «необходимое для содержания», «нормально необходимое».

В четвертом гнезде коренное слово – «существенный». Соответственно выделены: «существенные условия», «существо обязательства», «суще^ ство договора», «существо банковского вклада», «существенные недостатки», «существенные нарушения».

? К другим таким же гибким понятиям можно отнести; «уважительные причины», «очевидно свидетельствующие», «чрезвычайность», «явная несоразмерность», «крайняя незначительность», «осуществимые», «конкретные», «нормальное ведение», «неустранимые недостатки», «уважительные

' Впервые в послереволюционном праве этот термин был употреблен в ст. 64 Основ гражданского законодательства 1991 г. («В случаях, когда обязательство не позволяет определить срок его исполнения, оно должно быть исполнено в разумный срок»).

причины»» «явные недостатки», «незамедлительно»,, «наиболее очевидный», «тяжелые обстоятельства», «достаточное основание», «заслуживающие внимания» «общие начала и смысл», «наиболее выгодные условия», «должная заботливость», «доступные меры», «добросовестность» и коррелирующее -«недобросовестность» и др.

Для сравнения можно указать, что из всего приведенного выше перечня в ГК 22 и ГК 64 использовались, к тому же крайне редко, главным образом только «добросовестность»,

«необходимое», «обычные» и «существенные».

По общему правилу законодатель не раскрывает сути соответствующего понятия. Одно из немногих исключений – традиционное разъяснение «добросовестности» в статье, посвященной виндикационным искам. Добросовестный приобретатель по ст. 302 ГК – это тот, кто не знал и не должен был знать, что лицо, у которого он приобрел имущество, не имело права его отчуждать. Указанным разъяснением следует по возможности руководствоваться и во всех других случаях, когда законодатель использовал тот же термин. Имеются в виду нормы, посвященные «аналогии закона» (п. 2 ст. 6 ГК), «пределам осуществления гражданских прав» (ст. 10 ГК), «переработке вещей» (п. 3 ст. 220 ГК), «приобретательной давности» (п. 1 ст. 234 ГК) и «внесению улучшений в арендованное имущество арендатором» (ст. 662 ГК).

Другой пример – п. 2 ст. 450 ГК, раскрывающий смысл «существенного нарушения», которое может служить основанием для одностороннего расторжения или изменения договора: «Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора».

Приведенное разъяснение, как и в отношении «добросовестности», предполагает распространение его на другие случаи, когда в законе используется указанный термин. При этом во всех подобных случаях разъясненное в законе понятие переходит из числа «определимых» в «определенные».

Понятия, о которых идет речь, отличаются тем, что они представляют собой некую меру, от которой отправляются при определении значимости обстоятельств, характеризующих конкретный случай. Именно по этой причине, за небольшим исключением, нет возможности установить единообразно, не прибегая к другим таким же оценочным категориям, объем искомого понятия. Однако в этом и нет нужды, поскольку само появление подобных категорий объясняется, как уже подчеркивалось, стремлением предоставить субъектам оборота и суду в необходимых случаях возможность самим указать, в какие именно рамки укладываются соответствующие кон-

,кретные ситуации, тем самым в строго установленных пределах индивидуализировать содержащееся в норме правило. , „

Оценочные нормы создаются законодателем. И если- QH отказывается от определения их смысла, то таким образом выражает волю раздвинуть рамки свободного усмотрения тех, кто применяет норму. Однако тем са-;мым не исключается необходимость определенной унификации подхода к разъяснению смысла, заложенного в норме понятия. Этому может содействовать доктринальное толкование, и прежде всего содержащееся в различного рода комментариях. Последние имеют целью обеспечить возможность того, чтобы толкование легального понятия в данном конкретном случае, как и во всех других, действительно соответствовало воле законодателя. При этом именно применительно к подобным понятиям приобретает особый смысл необходимость начинать с так называемого «золотого правила толкования». Оно выражается в том, что словам и выражениям, употребленным законом, следует давать распространенное, обычное их значение.

При использовании оценочных норм может возникнуть вопрос о том, кто из контрагентов должен доказывать то или иное их понимание. В подобных случаях суд руководствуется общими правилами о распределении бремени доказывания с учетом состязательности процесса. Лишь в отдельных случаях законодатель формулирует определенную презумпцию. Одним из немногих примеров может

служить п. 3 ст. 10 ГК. Содержащиеся в нем нормы позволяют сделать вывод, что в ситуациях, при которых защита гражданских прав ставится в зависимость от их осуществления «разумно и добросовестно», оба этих критерия предполагаются. Таким образом, от до-казывания собственной «добросовестности» и «разумности» сторона свободна, если контрагент не приведет доказательств ее недобросовестности или неразумности ее действий.

Из всех способов толкования законов едва ли не наибольшие трудности вызывает толкование по объему. При этом не имеет значения, идет ли речь о слишком узких или, напротив, широких рамках действия определенного правила. Общее для этих обоих способов толкования по объему состоит в том, что конечным результатом служит применение существующей нормы в рамках, не противоречащих тем, которые прямо выражены в ней.

В литературе была высказана точка зрения, которая вообще ставила под сомнение самою возможность устранения пробела в законодательстве на стадии его применения. «Устранять пробел в праве можно лишь путем дополнительного нормотворчества», – полагал В.В. Лазарев'. Однако, на наш взгляд, подобный вывод построен на смешении двух явлений: устранения пробела в праве, во-первых, «для всех случаев» и, во-вторых, «для дан-

\ Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М.: Юрид. лит., 1979. С. 131.

ного случая». Распространительное и ограничительное толкования устраняют пробел, образовавшийся вследствие разрыва между волей и волеизъявлением законодателя. В этой связи есть основания полагать, что «распространительное толкование» имеет место в случаях, когда изучение текста и смысла нормы приводит исполнителя к выводу, что ее редакция не вполне соответствует той мысли, которую намеревались в нее вложить. Термин «распространительное толкование» не означает, что тот, кто применяет закон, распространяет соответствующую норму на отношения, ею не предусмотренные. В данном случае действие нормы охватывает такие отношения, которые хотя и не подходят под ее буквальный текст в результате неудачной редакции, но по смыслу данной нормы ею охватываются»1.

В качестве примера можно сослаться на п. 3 ст. 438 ГК. В нем предусмотрено, что совершение действий лицом, получившим оферту, – в частности, отгрузка товаров, предоставление услуг или выполнение работ, а также уплата соответствующей суммы, – признается акцептом. На практике возник вопрос: можно ли распространить указанную норму на случаи, когда оференту перечислена только часть указанной в договоре суммы (половина, четверть и т.п.), либо, руководствуясь буквальным смыслом нормы, надлежит признавать необходимым выполнение указанных в оферте действий непременно в полном объеме? В своих разъяснениях указанной статьи Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ (Постановление №6/8 от 1 июля 1996г.), совершенно очевидно на основе распространительного толкования соответствующей нормы, пришли к выводу, что правило, о котором идет речь, следует применять и тогда, когда условия оферты выполнены только частично (п. 59 указанного Постановления)2.

Из всего отмеченного вытекает, что распространительное толкование не должно противоречить существу самой нормы. Такое противоречие, на наш взгляд, содержится в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20 декабря 1994 г. «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»3, в котором было дано разъяснение, относящееся к п. 7 ст. 152 ГК. В этом последнем пункте содержится указание на то, что правила о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица.

Постановление Пленума признало, что указанная норма допускает постановку юридическим лицом вопроса не только о соответствующем

Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1955. С.101.

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 19. 3 См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1995. № 3. С, 10,

опровержении порочащих сведений или помещении ответа в средствах массовой информации, но и о компенсации ему морального вреда. Между тем такое разъяснение явно противоречит ст. 151 ГК, в силу которой моральный вред выражается в физических и нравственных страданиях, а значит, в силу своей природы может быть возмещен лишь гражданину'.

Другой пример связан с заключением договора залога недвижимости -ипотеки. В соответствии с п. 3 ст. 340 ГК ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору зе-' мельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части. Буквальная редакция указанной нормы позволяла делать вывод о невозможности ипотеки здания без ипотеки земли. Однако Пленумы Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении № 6/8 от 1 июля 1996 г. разъяснили, руководствуясь смыслом соответствующей нормы, что приведенное правило следует применять лишь в случаях, когда лицо, выступающее в роли залогодателя здания или сооружения, одновременно является собственником или арендатором земельного участка. Однако во всех других случаях, т.е. когда залогодатель не был ни собственником, ни арендатором земельного участка, договор ипотеки не считается противоречащим приведенному п. 3 ст. 340 ГК2. По этой причине в ситуации, совпадавшей с тем исключением, о котором шла речь в Постановлении № 6/8, суд посчитал в конкретном деле договор ипотеки, заключенный банком с ТОО, действительным, несмотря на то что предметом договора было одно лишь здание как таковое без упоминания земельного участка3.

И.Б. Новицкий обращал внимание на то, что «в процессе толкования может выясниться, что буква правовой нормы шире, чем ее смысл: орган, установивший норму, усмотрел для выражения своей мысли такие выражения, что норма по своей букве оказалась как будто подходящей и к таким случаям жизни, на которые не имелось в виду распространить действие закона»4. Как постараемся показать ниже, потребность в ограничительном толковании возникает, например, применительно к ст. 169 ГК «Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности».

' См.: Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М., 1995. С. 195-196 (автор – Ярошенко К.Б.).

2 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 16.

3 См. там же. 1997. № 8. С. 45^17.

4 Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. С. 106.

Распространительное и ограничительное толкования норм имеют границы. Существуют нормы, в отношении которых законодатель как бы заведомо предупреждает, что выраженная в них его воля является абсолютно определенной и не допускает ни ее расширения, ни ее сужения. Речь идет об

исключительных нормах. Поэтому любая попытка расширить или сузить границы такой нормы сама по себе должна рассматриваться как отступление от воли законодателя.

В заключение следует обратиться еще к двум взаимоисключающим приемам: один из них – a contrario (от противного) и другой – aforteriori (тем более). Оба эти приема являются коррелятами, и соответственно применение того или, напротив, другого приводит к прямо противоположным результатам. Это прекрасно проиллюстрировал Е.В.Васьковский на примере нормы «запрещено делать окно на двор или крышу соседа» в случае, когда ее необходимо применить к ситуации, при которой речь идет о строительстве не окна, а стеклянной галереи. Применив прием a contrario, легко прийти к выводу, что к галерее этот запрет не относится. Но если использовать другой прием – aforteriori – ответ будет другой: строить галерею тем

более нельзя'.

При выборе одного из двух указанных приемов должна быть, помимо прочего, учтена «достоверность» или соответственно только «вероятность» полученного результата, Наряду с этим полученный в том и другом случае результат не должен противоречить какой-либо охватывающей данную ситуацию норме. Имеется в виду, что в конечном счете речь идет о восполнении действительно образовавшегося пробела,

См.: Васьковский Е.В. Учение о толковании и применении гражданских законов. С. 237.

ГЛАВА Ш. ДОГОВОР-СДЕЛКА

1. ПОНЯТИЕ ДОГОВОРА-СДЕЛКИ

Пункт 1 ст. 420 ГК рассматривает договор как соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Указанное определение явно имеет в виду договор-сделку. Не случайно поэтому п. 2 той же статьи содержит отсылку к нормам о сделках: «К договорам применяются правила о двух" или многосторонних сделках».

Договоры в их качестве сделки, не отличаясь от других юридических фактов, не имеют содержания. Им обладает только возникшее из договора-сделки договорное правоотношение. При этом, как и в любом другом правоотношении, содержание договора составляют взаимные права и обязанности контрагентов.

Сделочная природа договора подчеркивалась во всех трех Гражданских кодексах России. Это обстоятельство послужило обоснованием структуры Кодекса. Имеется в виду, что, как уже отмечалось, все общее, что присуще сделкам как таковым, а значит, и договорам, содержится в объединенной главе 9 ГК о сделках. Это относится в основном к определению условий действительности сделок, а также к порядку и последствиям признания их недействительными. Исключение составлял только ГК 22, который перенес в раздел об обязательствах последствия признания договоров недействительными, сохранив в общей части Кодекса лишь условия действительности сделок и тем самым договоров. При такой структуре законодателю оставались три возможности: либо оставить без регулирования последствия недействительности односторонних сделок, либо дублировать соответствующие нормы применительно к завещанию и иным односторонним сделкам, либо включить в регулирование односторонних сделок отсылки к

договорам. Из этих трех вариантов ГК 22 выбрал первый, едва ли не наиболее сомнительный.

Этот явный недостаток структуры Кодекса был устранен в последующих аналогичных актах: в ГК 64 и в действующем Гражданском кодексе.

Новый Гражданский кодекс, по крайней мере дважды, стремится раскрыть содержание указанного понятия – «договор». Это сделано прежде всего в главе «Сделки». В силу п. 1 ст. 154 ГК договор представляет собой двух- или многостороннюю сделку, а п. 3 той же статьи предусматривает, что для заключения договора необходимо выражение воли двух сторон

(двухсторонняя сделка) либо трех и более сторон (многосторонняя сделка). Ни та, ни другая норма не способна сама по себе определить сущность догои вора, поэтому возникает необходимость в приведенном выше п. 1 ст. 420 ГК.

Объемы обоих понятий – «договор» и «соглашение» – не всегда совпадают. Если договор – это соглашение, то не всякое соглашение представляет собой договор.

В литературе были высказаны не во всем совпадающие взгляды по вопросу о понятии соглашения как основания возникновения правоотношения. Так, например, с позиции И.Б. Новицкого, «выражаемая каждой из сторон воля соответствует одна другой так, что можно признать, что в сделке (имеется в виду ее разновидность ~ договор. ~ М.Б.)» выражается согласованная воля сторон». И там же: «Договор – соглашение двух или более лиц (граждан или юридических лиц об установлении, изменении или прекращении)»'.

В работах других авторов обращается внимание на то, что «договор -общий волевой акт его сторон»2.

Третьи полагают, что «соглашение включает и встречную волю, и тождественность», а также одновременно признают договор общим волевым актом3.

Наконец, положения четвертой по счету группы авторов исходили из того, что договор – «двухсторонняя или многосторонняя сделка, в которой права и обязанности возникают вследствие взаимосвязанных согласованных действий двух или нескольких лиц – субъектов гражданского права»4.

Нетрудно заметить, что приведенные определения при всем их многообразии сводятся к двум вариантам. Сторонники одной точки зрения акцентируют внимание на сущности соглашения (совпадении воли сторон), а сторонники другой – на внешней форме, которую соглашение принимает (имеется в виду главным образом единый волевой акт).

Поскольку отмеченное в обоих вариантах действительно присуще соответствующему понятию, нет оснований противопоставлять указанные точки зрения.

В свое время Г.Ф. Шершеневич обращал внимание на то, что «содержание договора, или, как неправильно выражается наш закон, предмет договора... есть то юридическое последствие, на которое направлена согласная воля двух или более лиц. Достижение этой цели предполагает прежде

' Новицкий И.Б„ ЛунцЛ-А, Указ. работа. С. 95. договор в народном хозяйстве, Алма-Ата, 1987. С. 13.

3 См.: Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: Госюриз-дат, 1972. С. 85.

4 Яковлев В. Ф. Гражданско-правовое регулирование имущественны»-, отношений. Свердловск, 1972. С. 90.

всего действительность договора, т.е. наличность всех условий, при которых государственная власть готова дать юридическую обеспеченность соглашению. Действительность договора обусловливается именно его содержанием»'. Соответственно автор выделял такие непременные элементы содержания, как физическая возможность, юридическая дозволенность и нравственная допустимость.

Споры по соответствующим вопросам получили развитие в цивили-стической литературе в послереволюционный период. Во всяком случае, и теперь в ней не наблюдается единства.

Среди последних по времени работ определенный интерес представляет «Понятие и классификация частноправовых договоров». Автор – В.Г. Улья-нищев противопоставил одни другим нормы права французского (договор есть соглашение, посредством которого одно или несколько лиц обязываются перед другим или несколькими другими лицами дать что-либо, сделать что-либо или не делать чего-либо – ст. 1101 ФГК) и германского (лицо, предложившее другому лицу заключить договор, связано этим предложением, за исключением случаев, когда оно оговорило, что предложение его не связывает – ст. 145 ГГУ). При этом В.Г. Ульянищев приходит к выводу, что «германский закон в большей степени отражает тенденцию, свойственную индустриальному обществу. ...Тенденция эта проявляется в большем динамизме, в ускорении формирования и реализации правовых отношений в области экономики и хозяйствования в целом»2.

На наш взгляд, в данном случае подвергаются сравнительной оценке нормы, несопоставимые по самой их природе. Все дело в том, что определение, приведенное в ФГК, дает ответ на вопрос «Что есть договор?», а определение ГГУ ~ на вопрос «Как возникает договор?». Поэтому вряд ли справедливо считать, что германское право в принципе отвергает конструкцию «договор-соглашение». Недаром Л. Эннекцерус усматривал смысл понятия «договор» в ГГУ именно в том, что это «соглашение» (Einigung)»3.

Аналогичным образом и в литературе одни авторы делают упор на первой стороне вопроса, а другие – на второй4.

' Шершеневич Г.Ф. Курс русского гражданского права. Т. 2. 074 и ел. Указ. соч. М.: Изд-во Российского университета дружбы народов, 1994 .-С. 8.

3 Энненкцерус Л. Указ. соч. Т. 1. Полутом 1, С. 187.

4 И.М, Тютрюмов в книге «Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего сената и комментариями русских юристов, извлеченными из научных и практических трудов по гражданскому праву и судопроизводству» (СПб., 1911. С. 978-979) привел определение понятия договора восьми русских и немецких авторов. Сюда вошли определения, данные Ю. Бароном (Система римского гражданского права. Вып. III. Кн. IV. 1988. С. 12), Ф. Савиньи (Обязательственное право. 1876. С. 360), Г.Ф. Шершеневичем (Учебник русского гражданского права.] 907. С. 439-440), К.Победоносцевым (Курс гражданского права. 1896. С. 3), Г. Виндшейдом (Об

В содержащихся в ГК определениях договора подчеркивается наряду с согласованием и другой квалифицирующий договор как сделку признак: ее направленность на возникновение взаимных прав и обязанностей (правоотношения). Если этот признак отсутствует, то и нет основания для отождествления соглашения с договором.

В некоторых случаях нормы ГК ограничиваются указанием на «соглашение сторон», не называя последнее договором'. О таких соглашениях идет речь в п. 2 ст. 229 ГК (соглашение между

нашедшим вещь и лицом, управомоченным на ее получение), в п. 2 ст. 231 ГК (соглашение об условиях возврата собственнику принадлежащего ему животного лицом, которое такое животное нашло), в п. 1 ст. 233 ГК (соглашение между собственником имущества, где клад был зарыт, и лицом, которое такой клад обнаружило), в ст. 240 ГК (соглашение о размере выкупной суммы бесхозяйственно содержимых культурных ценностей), в п. 5 ст. 244 ГК (соглашение об установлении долевой собственности между участниками совместной собственности), в п. 1 ст. 245 ГК (соглашение о размере долей участников общей собственности), а также в некоторых иных случаях, предусмотренных, в частности, в п. 1 ст. 247, 248, п. 3 ст. 252, п. 3 ст. 257 ГК (все эта статьи относятся к общей собственности), в п. 1 ст. 272 ГК, п. 3 ст. 273 ГК (последние две статьи связаны с правом на землю), в п. 1 ст. 414 ГК (соглашение сторон о замене первоначального обязательства между ними другим), в п. 2 ст. 417 ГК (соглашение о последствиях признания недействительным акта государственного органа), в п. 3 ст. 308 ГК (соглашение о возникновении обязательства для третьего лица). Соглашения по ряду вопросов составляют предмет регулирования и многих других статей, предшествующих главам, специально посвященным договорам (например, в ст. 312, п. 2 ст. 317, ст. 331,409,414 ГК и др.).

обязательствах по римскому праву. 1875. С. 126-128), Д.Д.Гриммом (Лекции по догме римского права. 1909. С. 252), В. Головинским (О происхождении и делении обязательств. С. 38), А.М. Гуляевым (Русское гражданское право- 1907. С. 229). И оказалось, что все эти авторы, без каких-либо исключений, усматривали смысл договора в том, что он представляет собой соглашение, и соответственно строили свои определения по указанной правовой конструкции.

' В этом проявляется некоторое сходство со ст. 1-201 Единообразного торгового кодекса США, который среди других используемых в нем понятий выделяет именно «соглашение». Под ним понимается фактически совершенная сделка сторон, «наличие которой вытекает из их заявлений или иных обязательств. Порождает ли соглашение правовые последствия, определяется предписаниями Кодекса или иных норм договорного права». При этом соглашение как сделка (agreement) противопоставляется договору (contract), который в той же статье Единообразного кодекса рассматривается как правовое обязательство в целом, вытекающее из соглашения сторон в соответствии с Кодексом и иными подлежащими применению нормами права.

Употребляется тот же термин и применительно к договорным правоотношениям. Так, только в разделе III ГК можно назвать п. 1 ст. 424 – о цене, п. 1 ст. 450 – о расторжении и изменении договоров и др. Особенно часто упоминание о соглашении содержится в главах, посвященных отдельным видам договоров.

Независимо от места, в котором в ГК используется термин «соглашение», оно означает основание для возникновения, изменения или прекращения правоотношения, принимая форму сделки.

Для определения сущности этого понятия следует иметь в виду, что ст. 154 ГК проводит двучленное деление сделок: они могут быть либо односторонними либо двух(много)сторонними, т.е. договорами. Следовательно, сделка, совершенная в виде соглашения, тем самым может быть только договором.

С отмеченным обстоятельством связан ряд весьма важных последствий, и среди них то, что соглашение подчиняется требованиям о действительности сделок, правилам об оферте и акцепте, о моменте, когда соглашение должно быть признано достигнутым, и др.

Во всех таких ситуациях речь идет обычно об установлении, изменении и прекращении некоторых

условий базового правоотношения. Это последнее само по себе может существовать и без соглашения в том его специальном значении, которое имеется в виду в указанных статьях.

Отмеченное обстоятельство имеет практический смысл. Дело в том, что ГК подробно регулирует с помощью не только диспозитивных, но и императивных норм порядок заключения договора между сторонами или, что то же самое, – порядок достижения согласия контрагентов по поводу заключения договора. Всего этого нет в приведенных случаях, когда речь идет просто о соглашении, которое может только изменить (дополнить, ограничить) или прекратить существо правоотношения, но не создать новое.

В ГК, однако, термин «соглашение» в ряде случаев используется в качестве синонима договора как такового и одновременно достигнутой в связи с развитием договора договоренности по тому или иному вопросу. Соответствующее более широкое значение вкладывается в понятие соглашения прежде всего нормами второй части ГК, посвященными договорам. Среди них, главным образом, речь идет об отдельных статьях главы о купле-продаже (п. 2 ст. 461, п. 1 ст. 465, п. 1 ст. 467, п. 2 ст. 500, п. 1 ст. 507, п. 2 ст, 544, п. 1 ст. 554 ГК).

Особое место занимают среди соглашений, равно как и среди договоров, организационные соглашения (договоры). Имеются в виду соглашения (сделки), которые представляют собой разработанные самими сторонами локальные нормы. Об одном из таких соглашений идет речь в п. 2 ст. 784 ГК, которая отсылает по вопросам условий перевозки грузов, пассажиров и

багажа отдельными видами транспорта, а также -ответственности сторон к соглашению между этими последними. Такие соглашения не укладываются ни в рамки п. 1 ст. 420 ГК с ее определением договора, ни таким же образом в рамки ст. 153 ГК, которая содержит определение сделки.

При всех сделанных выше оговорках основной конститутивный признак соглашения – совпадение воли сторон – сохраняет свое значение. Совпадение, о котором идет речь, необходимо и тогда, когда в соглашении участвуют две стороны, и тогда, когда в нем насчитывается более широкий круг субъектов. Подобная ситуация может возникнуть, например, при общей собственности с тремя и более участниками. В последнем случае речь идет о единогласии всех участников независимо от того, предусмотрено ли это специально в законе (например, в п. 1 ст. 247 ГК), или законодатель ограничивается указанием на необходимость достижения соглашения между сторонами (например, в ст. 248 того же Кодекса).

ГК 94 и некоторые иные акты употребляют наряду с «договором» и «соглашением» также еще один термин – «согласие».

Согласие в отличие от соглашения само по себе не порождает обычных для юридического факта последствий: возникновения, изменения или прекращения прав и обязанностей. Его роль гораздо скромнее. Она проявлялась лишь в случаях, когда на этот счет есть прямое указание в ГК, в ином законе или в другом правовом акте либо договоре, и сводится к тому, что представляет собой непременное условие, при котором волеизъявление лица (для одной стороны) или совпадающее встречное изъявление воли других лиц (для договоров) способно создать правоотношение. Указанный смысл согласия выражен, например, весьма четко в п. 2 ст. 253 ГК: «Распоряжение имуществом, находящимся в совместной собственности, осуществляется по согласию всех участников, которое предполагается независимо от того, кем из участников совершается сделка по распоряжению имуществом».

Из приведенной нормы вытекает, что сделку совершает один, а согласие дает другой (другие лица). Таким образом, согласие третьего лица -юридический факт, который служит лишь условием, при котором законодательство предоставляет определенному лицу возможность совершить сделку (заключить договор). При этом согласие в отличие от соглашения (договора) всегда рассматривается как одностороннее действие со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Поскольку согласие на совершение сделки (договора) может иметь в одних случаях гражданско-правовую, а в других административно-правовую основу. Его может выразить лицо, которое обладает в установленных пределах соответственно субъективным правом (как это имеет место при продаже доли в общей собственности), специальной гражданской правоспособностью или административной компетенцией. В последнем случае

речь идет о «согласии-разрешении». Примером может -служить выдача компетентным органом лицензии на ведение определенных видов деятельности и заключение соответствующих договоров в рамках полученной лицензии (п. 1 ст. 49 и ст. 173 ГК). Или другой пример – отсутствие согласия на постройку строения влечет за собой признание строительства самовольным со всеми вытекающими отсюда последствиями, в том числе для судьбы заключенного по этому поводу договора (пн. 1 и 2 ст. 222 ГК).

О необходимости согласия, представляющего собой либо сделку, либо административный акт, идет речь, в частности, в статьях о дееспособности несовершеннолетних (п. 1 ст. 26 и п. 1 ст, 27 ГК), ограниченно дееспособных по причине злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами (п. 1 ст. 30 и п, 2 ст. 33 ГК), патронаже над дееспособными (п. 3 ст. 41 ГК), ликвидации юридических лиц (п. 2 ст. 63, п. 3 ст. 73, ст. 79), коммерческом представительстве (п. 2 ст, 184), распоряжении общей собственностью (п. 1 ст, 246 ГК), осуществлении права хозяйственного ведения и права оперативного управления (п. 2 ст- 295 и п. 1 ст. 297 ГК), залоге (п, 2 ст. 335 ГК), перемене лиц в обязательстве (п. 2 ст. 382 и п. 1, ст. 391 ГК)идр. , '(

Тот же термин «согласие» используется в ряде статей второй части ГК. В них имеется в виду «согласие», которое необходимо получить стороне от ее контрагента для осуществления определенных действий. Так, например, договор купли-продажи со строго определенным сроком может быть исполнен до или после его наступления только с согласия покупателя (п. 2 ст. 457 ГК) только с согласия покупателя товар, обремененный правами третьего лица, может быть передан продавцом (п. 1 ст. 460 ГК), отношения абонента с субабонентом в договоре на снабжение через присоединенную сеть могут возникнуть только с согласия энергоснабжающей организации (ст. 545 ГК), для переоборудования наймодателем жилого дома, существенно изменяющего условия пользования сданным в аренду жилым помещением, необходимо получить согласие нанимателя (п. 3 ст. 681 ГК). Для расторжения договора найма жилого помещения нанимателю нужно получить согласие постоянно проживающих с ним лиц (п. 1 ст. 687 ГК). Для передачи стороной подрядного договора третьим лицам коммерческой тайны, сообщенной контрагентом, необходимо согласие контрагента (ст, 727 ГК). Только с согласия заказчика допускается оплата работы при заключении договора полностью или путем выдачи аванса (ст. 735 ГК), и только с согласия заимодавца возможен досрочный возврат суммы займа, предоставленного под проценты (п. 2 ст. 810 ГК). Таким образом, согласие, в отличие от соглашения, может быть только элементом юридического состава.

2. СВОБОДА ДОГОВОРОВ

Свобода договоров вместе с равенством участников гражданских отношений и рядом иных принципов относится ст. 1 ГК к числу основных начал гражданского законодательства. Все они тесно связаны между собой. Нет сомнений в том, что свобода договоров превратится в фикцию, если только все другие основные принципы не будут реализованы в гражданском законодательстве и практике его применения.

, Смысл свободы договоров в современном гражданском обороте, как предусмотрено в ст. 421 ГК, находит троякое проявление.

Во-первых, в признании граждан и юридических лиц свободными в заключении договора. При этом понуждение к заключению договора не допускается за исключением случаев, когда обязанность заключать договор предусмотрена законом или добровольно принятым обязательством.

Это означает, что стороны сами, притом независимо друг от друга и от государства, выступающего в его качестве суверена, вправе решать вопрос о вступлении между собой в договорные отношения. Указанная возможность специально выделена в нормах, посвященных правоспособности первичного субъекта данной отрасли – гражданина (имеется в виду ст. 18 ГК, которая назвала в составе правоспособности граждан возможность совершения сделок и участия в обязательствах), и безусловно предполагается при осуществлении правоспособности юридических лиц, особенно тех из них, которые занимаются коммерческой деятельностью. Для этих последних к заключению договоров сводится вся их правовая деятельность. Но и для остальных юридических лиц вступление в договорные связи составляет неотъемлемую часть их деятельности, какой бы характер она ни носила.

Во-вторых, в предоставлении сторонам возможности заключать любой договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Таким образом стороны могут в необходимых случаях самостоятельно создавать любые модели договоров, не противоречащие действующему законодательству.

Наконец, в-третьих, в свободе сторон определять условия заключаемого ими договора, в том числе и построенного по указанной в законодательстве модели. Единственное требование к сторонам состоит и в этом случае в том, чтобы избранное таким образом условие не противоречило закону или иным правовым актам. В частности, усмотрение сторон не может иметь место, если содержание условия предписано законом или иными правовыми актами.

Все три проявления свободы договора в совокупности необходимы участникам оборота для того, чтобы реализовать свою имущественную

самостоятельность и экономическую независимость, конкурировать на равных с другими участниками рынка товаров, работ и услуг. .

Кодекс таким образом признает в принципе недопустимым заключение договора по принуждению. Тем самым отвергается господствовавшая на протяжении многих лет система плановых договоров, которая с разной степенью жесткости охватывала все сферы экономической жизни страны. Она предоставляла право соответствующему исполнительному органу – от министерства и ведомства, организации которого производили продукцию, выполняли работы или оказывали услуги, до Совета Министров СССР -издавать адресованные будущим контрагентам административные по их природе акты (фонды, наряды, титульные списки, планы перевозок и т.п.), порождающие обязанность

адресата акта заключать договор, содержание которого предопределялось самим актом. Как уже отмечалось, логическим завершением этой системы стали заключенные в форме принятия к исполнению наряда договоры, при которых сторонам вообще нечего было согласовывать, а свою волю заключить между собой договор они могли выражать путем обоюдного молчания. Молчание адресатов планового акта на протяжении установленного срока приравнивалось к согласию заключить договор на условиях, закрепленных в акте. Для более полного представления об описанной системе заслуживает быть отмеченным и то, что уклонение адресатов от заключения договора считалось административным правонарушением, влекущим уплату штрафа в доход государства.

Влияние планового акта на договоры продолжалось и после их заключения, соответственно его изменение автоматически меняло содержание договоров, а отмена акта означала столь же автоматически их прекращение. Прямым антиподом «свободы договоров» служила ст. 159 ГК 64, которая в первоначальной редакции предусматривала, что «содержание обязательства, возникающего из акта планирования народного хозяйства, определяется этим актом», а «содержание договора, заключаемого на основании планового задания, должно соответствовать этому заданию». И только в 1988 г. действие указанной нормы было определенным образом ограничено, поскольку необходимость соответствия плановому заданию была заменена такой же необходимостью соответствия из всех плановых заданий лишь «государственному заказу».

Отказ от договоров, опирающихся на план, был последовательно проведен впервые уже в Основах гражданского законодательства 1991 г. Из этого акта было исключено всякое упоминание о плане, и хозяйственные договоры, которые в соответствии с их легальным определением должны были заключаться на основе и во исполнение плана (имеются в виду поставка, государственная закупка сельскохозяйственной продукции, подряд на капитальное строительство, перевозка принадлежащих организациям

гоузов), стали разновидностями обычного гражданско-правового договора:

поставка и контрактация – договора купли-продажи, подряд на капитальное строительство – договора строительного подряда, перевозки грузов, принадлежащих организациям, – договора перевозки. При этом индивидуализация перечисленных видов договоров проводилась исключительно с использованием признаков юридических. Приведенные изменения в правовом регулировании договоров получили окончательное завершение в ГК.

Принцип свободы договоров тесно связан с принципом «свободного передвижения» объектов договоров. Этот последний закреплен в ст. 8 Конституции РФ: «В Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, работ и финансовых средств...» Соответствующая норма воспроизведена в ГК и здесь же конкретизируется. С этой целью Кодекс (п. 3 ст. 1) предусмотрел, что любые ограничения перемещения товаров и услуг могут быть введены только федеральным законом и лишь тогда, когда это оказывается необходимым для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей. Примерами могут служить ограничения на перемещение работ и услуг, вызванные эпидемиями или эпизоотиями, стихийными бедствиями, военными действиями на территории страны и др.

Указанному требованию корреспондирует п. 1 ст. 7 Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», не допускающий издания актов или совершения действий, устанавливающих запреты на продажу (покупку, обмен, приобретение)

товаров из одного региона РФ (республики, края, области, района, города, района в городе) в другой. Аналогичная норма содержится в ряде специальных актов. Так, в частности, Закон о закупке и поставке сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд от 26 октября 1994 г. предусмотрел: «На всей территории Российской Федерации гарантируется свободное перемещение сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия»'.

Гражданский кодекс не только декларирует, но и гарантирует свободу договоров. Прежде всего такие гарантии выражаются в признании недействительными сделок, совершенных под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка).

Гарантии свободы договоров наиболее широко представлены в анти--монопольном законодательстве. В частности, это относится к ст. 5 Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», посвященной злоупотреблению хозяйствующим субъек-

Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 22. Ст. 3303.

том своим доминирующим положением на рынке, и особенно к ст. 18-20 и ел. Закона, устанавливающим конкретные принудительные меры, которые применяются в случаях нарушения требования свободы договоров. В новой редакции Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»' установлен запрет объединениям коммерческих организаций (союзам или ассоциациям), хозяйственным обществам и товариществам осуществлять координацию предпринимательской деятельности коммерческих организаций, которая имеет либо может иметь своим результатом ограничение конкуренции.

Нарушение указанных требований является основанием для ликвидации в судебном порядке объединения коммерческих организаций (союза или ассоциации), хозяйственного общества или товарищества, осуществляющего координацию предпринимательской деятельности, по иску федерального антимонопольного органа (территориального органа – в пределах его компетенции).

Раскрытию сущности свободы договоров способно содействовать предусмотренное в антимонопольном законе соотношение двух коррелирующих понятий: конкуренция и недобросовестная конкуренция. Имеется в виду, что конкуренцией признается состязательность «хозяйствующих субъектов», когда их самостоятельные действия эффективно ограничивают возможность каждого односторонне воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке, а недобросовестной конкуренцией – любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия «хозяйствующих субъектов«, которые противоречат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добросовестности, разумности и справедливости и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанесли ущерб их деловой репутации.

Наряду с гражданско-правовыми средствами обеспечения свободы договоров используются и такие, которые содержатся в других отраслях права. В частности, новый Уголовный кодекс включил две заслуживающих особого внимания статьи. Одна из них – ст. 178 ГК «Монополистические действия и ограничение конкуренции» – предусматривает ответственность за такие преступления, как установление «монопольно высоких или монопольно низких цен, а равно ограничение конкуренции

путем раздела рынка, ограничения доступа на рынок, устранения с него других субъектов экономической деятельности, установления или поддержания единых цен». Другая -- ст. 179 УК («Принуждение к совершению сделки или к отказу от ее совершения») посвящена принуждению к «совершению сделки или к отка-

1 См. там же. 1995. № 22. Ст. 1977.

зу от ее совершения под угрозой применения насилия, уничтожения или повреждения чужого имущества, а равно распространения сведений, которые могут причинить существенный вред правам и законным интересам потерпевшего или его близких»).

При всем значении свободы договоров она, как и любая иная свобода, имеет свои пределы. В интересах «другого», под которым подразумеваются остальные члены общества и общество (государство) в целом, устанавливаются различного рода ограничения, закрепленные в самой общей форме в нормах договорного права – ст. 421 ГК («Свобода договоров»), ст. 426 ГК («Публичный договор») и ст. 428 ГК («Договор присоединения»). Эти ограничения конкретизируются во многих других статьях ГК. С известной долей условности можно утверждать, что любая из императивных норм ГК, относящихся к договорам, представляет собой способ ограничения свободы договоров.

Прежде всего такие исключения относятся уже к основному вопросу -о свободе заключения договора. В строго определенных случаях допускается понуждение к заключению договора. При этом в силу п. 1 ст. 421 ГК сюда включаются не только случаи, когда такая обязанность добровольно принята (имеются в виду, в частности, заключение предварительных договоров, публичное обещание награды или публичный конкурс), но и все другие, предусмотренные Кодексом или иными законами ситуации.

Содержание договора должно соответствовать закону. Это связано, в частности, с тем, что действие, которое предстоит совершить обязанному лицу, не может противоречить закону.

Так. недействительными, притом ничтожными, должны считаться, например, договоры участников полного товарищества, предусматривающие отказ от права или ограничение права кого-либо из них знакомиться со всей документацией по ведению дела товарищества (п. 3 ст. 72 ГК), участвовать в распределении прибыли и убытков указанного товарищества (п. 1 ст. 74 ГК), устранение или ограничение ответственности участников полного товарищества по его долгам либо отказа от права выхода из товарищества (п. 3 ст. 75 и п. 2 ст. 77 ГК).

С ограничением содержания договоров связано запрещение определенных договорных условий, относящихся к ответственности за нарушение договоров. Так, в частности, речь идет о согласованном заранее ограничении или устранении ответственности за умышленное нарушение обязательства (п. 4 ст. 401 ГК) или о соглашении об ограничении размера ответственности должника по договору, в котором кредитором выступает гражданин, при условии, что размер ответственности определен законом, а само соглашение было заключено до того, как наступили обстоятельства, породившие ответственность (п. 2 ст. 400 ГК). К иным случаям относится запрещение заключать договоры, предусматривающие новацию в отношении

обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью граждан, а также по уплате алиментов (п. 2 ст. 414 ГК), заключать новые договоры аренды, не дожидаясь годичного срока с момента истечения срока действия старого, если арендодатель отказал арендатору в продлении договора (п. 1 ст. 621 ГК) или отказался заключить договор страхования имущества при отсутствии

интереса в сохранении имущества у страхователя (п. 2 ст. 930 ГК) и др.

Хотя общая норма о правоспособности граждан и юридических лиц исключает возможность подписывать договоры, противоречащие закону, границы указанного запрещения применительно к договорам расширяются определенным образом. Имеется в виду, что в силу ст. 421 и 422 ГК условия договора должны соответствовать не только закону, но и иным правовым актам (к числу последних относятся в силу ст. 3 ГК указы Президента РФ, не противоречащие Кодексу и иным законам, а также постановления Правительства РФ, изданные на основании и во исполнение Кодекса, иных законов и указов Президента РФ).

Ключевое значение для ограничения свободы договора имеют изложенное в самой общей форме правило о недействительности сделок, не соответствующих закону или иному правовому акту, и установление специальных случаев недействительности сделок, которые совершены с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности, а также мнимых и притворных.

В самом ГК выделено и запрещение использования гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке (п. 1 ст. 10 ГК).

Свобода договоров могла бы стать абсолютной только при условии, если бы сам Кодекс и все изданные в соответствии с ним правовые акты состояли исключительно из диспозитивных и факультативных норм. Но нетрудно предвидеть, что такой путь повлек бы за собой немедленную гибель экономики страны, ее социальных и иных программ, а с ними вместе поверг в хаос само общество. Неслучайно законодательство ни одной из существовавших в истории стран не пошло по этому пути.

Интерес представляют взгляды Г.Ф. Шершеневича. Прежде всего он обращал внимание на роль свободы договоров в современном обществе: «С уничтожением последних следов личной зависимости устанавливается полная свобода личности и юридическое равенство. Свобода договора, с устранением субъективных ограничений, а также формализма, стала рядом с правом частной собственности одной из главных основ современного правового порядка»'. Но это не помешало ему обратить внимание и на другое: «Безграничная свобода договора, которая выставлялась недавно как

Шершеневич Г. Ф. Учебник гражданского права. Т. 2. С. 78.

необходимое условие гражданского быта и основной принцип законодательной политики, в последнее время подвергается стеснениям под возрастающим давлением общественных интересов»'.

В конечном счете ограничение свободы договоров преследует одну из трех целей. Как было показано на примере императивных норм, это во-первых, защита слабейшей (слабой) стороны, которая начинается со стадии заключения договора и завершается его исполнением и ответственностью за нарушение,

Во-вторых, это защита интересов кредиторов, угроза которым может оказать разрушительное влияние на гражданский оборот. Имеется в виду, в частности, судьба многих банков, предоставлявших кредиты «дутым фирмам», а равно многочисленных граждан, предоставлявших таким же кредитным учреждениям свои денежные средства. Ставший бичом нашей экономики пресловутый «кризис неплатежей» уже в наши дни также подтвердил нуждаемость кредиторов в правовой защите.

Наконец, в-третьих, защита интересов государства, в концентрированном виде выражающего

интересы общества.

При оценке учета позиций, которые занимают или будут занимать стороны в заключенном ими договоре, следует иметь в виду, что экономическая и юридическая свобода заключения договора не всегда совпадают. По этой причине не исключено, что одна из сторон под воздействием различных факторов экономического характера (дефицитность отдельных видов продукции, работ и услуг, отсутствие здоровой конкуренции и др.) вынуждена соглашаться на предлагаемые ей контрагентом условия. И это несмотря на право, предоставленное ей законом, не принимать предложение. :

Для элиминирования действия такого рода факторов возникает необходимость отступить от принципа юридического и тем самым формального равенства. При наличии к тому достаточных предпосылок законодатель предоставляет определенные преимущества более слабой стороне при заключении договора, определении его содержания, возможности изменения или расторжения.

Защите интересов кредиторов посвящены многие нормы не только договорного, но и – более широко – обязательственного права. Достаточно упомянуть созданный- исключительно в интересах кредитора (в русском дореволюционном праве не случайно названного «верителем») институт способов обеспечения обязательств. Одни из них упрощают использование имущественных стимулов (неустойка, задаток), другие приводят к появлению еще одного должника (поручительство и банковская гарантия), а третьи основаны на том, что «доверие лицу» (т.е. должнику) заменяется «доверием к вещи» (залог и удержание) (см. подробно гл. V).

Шершеневич Г.Ф. Учебник гражданского права. Т. 2. С. 79.

Примером защиты прав и законных интересов третьих лиц и общества в целом может служить ст. 566 ГК. Эта статья с учетом значимости отношений купли-продажи предприятия ввела ограничения на применение правил о последствиях недействительности сделок и об изменении или расторжении договора купли-продажи (имеются в виду возврат или взыскание в натуре того, что было получено по договору одной или обеими сторонами). В качестве обстоятельств, способных повлечь за собой указанные последствия – неприменение императивных норм самого ГК, предусмотрено то, что такие последствия существенно нарушают права и охраняемые законом интересы кредиторов – продавца и покупателя, других лиц и противоречат общественным интересам. В числе других лиц имеются явно в виду, в частности, работники предпринимателя.

Гражданское законодательство включает не только ограничения свободы договоров, но и пределы таких ограничений. Речь идет о п. 2 ст. 1 ГК, который, провозгласив свободу участников оборота в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых, не противоречащих законодательству условий договора, допускает ограничение гражданских прав исключительно на основании федерального закона и вместе с тем содержит определенный перечень целей, для достижения которых ограничения могут быть введены. В этот перечень входят защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства.

Закрепление в ГК определенных рамок для введения соответствующих ограничений может иметь значение, в частности, при возникновении спора, связанного с «юридической невозможностью» исполнения обязательства'. Имеются в виду случаи, когда нормативным актом, принятым органом государственной власти, введены запреты, соблюдение которых исключает для должника возможность исполнить обязательство. В таком положении может, например, оказаться фирма,

импортирующая товары, ввоз которых в страну был впоследствии запрещен, или предприниматель, лишенный лицензии. Суд, разрешающий споры, возникшие в связи с недопоставкой, будет в данной ситуации оценивать законность соответствующего акта, руководствуясь исходными положениями п. 3 ст. 1 Кодекса.

Значение договорной свободы в конечном счете сводится к тому, что участникам оборота предоставляется возможность решить, будет ли заключен между ними договор, а если будет, то каким станет его содержание, Вместе с тем индивидуальная свобода, составляющая основу свободы договоров, относительна. Принимая соответствующее решение, граждане и юридические лица должны руководствоваться существующими на этот

Имеется в виду ст. 417 ГК (см. об этом п. 3 гл. V).

счет законами. Закон в таком случае выступает в роли ограничителя свободы договоров.

Действующие в стране нормы определяют необходимость облекать гражданские отношения в форму договора и соблюдать порядок его заключения; в отдельных случаях они формулируют прямо или косвенно условия договоров (например, о цене, качестве и др.), а также предусматривают последствия нарушения контрагентами принятых на себя обязательств.

Приведенные и все иные ограничения свободы договоров могут быть сведены в две группы. В одних случаях такие ограничения являются негативными, а в других- позитивными. Первые предполагают выделение в законе случаев, при которых заранее предусмотрено, между кем и какие договоры заключаться не могут. А вторые имеют в виду обязательное заключение договоров и (или) обязательное включение в них определенных условий. Те и другие ограничения могут проводиться как по субъектам, так и по объектам.

Ограничения по субъектам связаны прежде всего с тем, что определенные виды договоров рассчитаны только на участие предпринимателей. Например, в договоре розничной купли-продажи именно они должны выступать на стороне продавца, в договоре бытового подряда – на стороне подрядчика, в договоре поставки или коммерческой концессии – на обеих сторонах. Ограничениям, о которых идет речь в перечисленных случаях, придается настолько большое значение, что они служат признаками, конституирующими соответствующий тип (вид) договоров, и по этой причине включены в его определение (имеются в виду соответственно п. 1 ст. 492, п. 1 ст. 730, 506 и п. 1 ст. 1027 ГК).

Применительно к юридическим лицам это же ограничение может быть связано с сохранившейся для некоммерческих и отдельных видов коммерческих организаций специальной, т.е. ограниченной целями их деятельности, закрепленными в учредительных документах, правоспособностью. Такими же ограничительными являются, например, нормы, запрещающие заключение определенных договоров банкам, страховым организациям и товарным биржам'. Законодательство содержит и некоторые другие такие же запретительные нормы2.

' В соответствии со ст. 5 Закона «О банках и банковской деятельности в РСФСР» кредитной организации запрещается заниматься производственной, торговой, а также страховой деятельностью. Определенные запрещения содержатся также в п. 2 ст. 3 Закона «О товарных биржах и биржевой торговле» (Ведомости Российской Федерации, 1992. № 18. Ст. 961) и в ст. б Закона «О страховании» (Ведомости Российской Федерации. 1993. № 2. Ст. 56).

2 Правительство Российской Федерации утвердило 30 июня 1994г. Положение о совершении сделок с

драгоценными металлами на территории Российской Федера-

Справедливости ради следует отметить, что ограничения по субъектному составу не всегда обоснованы. Так, вряд ли удачным является ограничение финансового лизинга исключительно областью предпринимательства (ст. 666 ГК), хотя известно, что лизинг широко используется во многих странах именно применительно к потребителям-гражданам (прежде всего в отношении автомашин).

Особое значение имеют ограничения, связанные с введением лицензионного порядка. Имеется в виду, что отдельными видами деятельности, не только предпринимательской, но и за ее пределами, могут заниматься те, кто имеет специальное разрешение – лицензию. А значит, только они могут заключать определенные договоры. Хотя указанное обстоятельство специально выделено лишь в п. 1 ст. 49 ГК и тем самым применительно только к юридическим лицам, это в равной мере относится и к предпринимателям-гражданам. Такой вывод следует из п. 3 ст. 23 ГК, в силу которого к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила Кодекса, которыми регулируется деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями (если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения).

До принятия нового ГК перечень видов деятельности, подлежащей лицензированию, определялся на разном уровне. Так, примерный список из 27 видов такой требующей лицензирования деятельности был утвержден в соответствии с постановлением Совета Министров РФ от 27 мая 1993 г. «О полномочиях органов исполнительной власти краев, областей, автономных образований, городов федерального значения по лицензированию отдельных видов деятельности»'.

Однако, как уже отмечалось, ГК (ст. 49) установил иной порядок:

только закон может определить те виды деятельности, которыми юридическое лицо может заниматься лишь при наличии лицензии.

ции (Собрание законодательства Российской Федерации. 1994, № 11. Ст. 291), установив ограниченный круг лиц, которые вправе осуществлять соответствующие сделки: Центральный банк Российской Федерации, уполномоченные им коммерческие банки, скупочные предприятия и др. Указанное положение распространяется на золото и серебро, содержащие их изделия, которые не относятся к ювелирным и другим бытовым изделиям, а также полуфабрикаты, которые содержат золото и серебро. Таким же образом точно обозначен круг сторон в Положении о совершении сделок с природными драгоценными камнями на территории Российской Федерации, утвержденном Постановлением Правительства Российской Федерации 27 июня 1996 г. (Собрание законодательства Российской Федерации 1996. №27. Ст. 3286). ' См.; Собрание актов Российской Федерации, 1993. № 22. Ст. 2033.

В некоторых случаях так и происходит. В частности. Законом от 25 января 1995г. «Об информации, информатизации и защите информации»' предусмотрено, что лицензированию подлежит деятельность организаций, которые специализируются на формировании федеральных информационных ресурсов и(или) информационных ресурсов совместного ведения на основе договоров, Законом от 20 января 1995 г. «О связи»2 – деятельность физических и юридических лиц, которая связана с предоставлением услуг связи. Законом от 8 февраля 1995 г. «О недрах»3 установлено, что лицензия нужна для получения прав пользования недрами, а Законом от 5 июня

1996г. «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности»4 – для занятия указанной деятельностью. Воздушным кодексом РФ (ст. 9) предусмотрен перечень подлежащих лицензированию видов деятельности в области авиации.

Применительно к отдельным типам договоров необходимость получения стороной лицензии предусмотрена в самом ГК. Имеются в виду ломбарды (п. 1 ст. 358), страховщики (ст. 938). финансовые агенты (ст. 825), банки, привлекающие денежные средства во вклады (п. 1 ст. 835), кредитные и другие организации, которые открывают банковские счета (п. 4 ст. 845), товарные склады общего пользования (п. 1 ст. 908) и др.

В ряде договоров в роли одной из сторон должен непременно выступать гражданин. Имеются в виду, в частности, наниматель в договоре жилищного найма (п. 1 ст. 677 ГК). В случае, если нанимателем такого предназначенного для жилья помещения выступает юридическое лицо, помещение должно использоваться для проживания граждан, а договор с тем, кому передано помещение, не может признаваться договором жилищного найма; с учетом характера складывающихся между сторонами отношений это должен быть, как правило, договор аренды (п. 2 ст, 671 ГК). Соответственно к такому договору применяются нормы гл. 34 ГК («Аренда»), а не гл. 35 ГК («Наем жилого помещения»).

В некоторых статьях ГК исключается возможность выступления в качестве стороны в договоре определенных видов юридических лиц. Например, п. 1 ст. 1015 ГК не допускает участия в договоре доверительного управления имуществом государственного органа или органа местного самоуправления; п. 2 ст. 690 ГК запрещает передачу коммерческой организацией своего имущества в безвозмездное пользование ее учредителю, участнику, руководителю, члену ее органов управления или контроля. В том и другом случае нарушение соответствующего требования влечет за собой

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 8. Ст. 609.

См. там же. 1995. № 8. Ст. 600.

См, там же. № 10. Ст. 823.

См. там же. 1996. № 28. Ст. 3348.

признание заключенного договора недействительным, притом ничтожным. К таким же последствиям приводит заключение договора дарения с лицами, которым в силу ст. 575 ГК запрещено выступать в роли дарителей.

Закон о приватизации государственных и муниципальных предприятий в РФ (ст. 9) исключает определенный круг юридических лиц из числа возможных участников приватизации – покупателей.

Нарушение требований, предъявляемых к субъектам договоров, может при определенных условиях влечь за собой вместо признания договора недействительным (в зависимости от обстоятельств – оспоримым или ничтожным) подчинение его иному, чем рассчитывали стороны правовому режиму. Так, например, если в роли продавца в договоре розничной купли-продажи или подрядчика в договоре бытового подряда выступает любое лицо, кроме предпринимателя, на данный договор будет распространен общий режим, установленный соответственно для договоров купли-продажи и подряда. А значит, специальные правила о розничной купле-продаже или бытовом подряде по отношению к ним не действуют.

Законодатель предусматривает для некоторых случаев строго определенный вид договоров. Так,

например, в силу ст. 43 ГК – для управления имуществом безвестно отсутствующего гражданина орган опеки и попечительства должен заключать с каким-либо лицом договор, представляющий собой «договор о доверительном управлении». И, напротив, предметом договора финансовой аренды (лизинга) могут быть в силу самой его природы только непотребляемые вещи, кроме земельных участков и других природных объектов (ст. 666 ГК).

В самом ГК (п. 1 ст. 260) содержится общая норма, в силу которой допускается распоряжение, а значит и заключение связанных с этим договоров, только в отношении земель, которые не ограничены в обороте или не изъяты из него. При этом в силу п. 2 ст. 129 ГК виды объектов гражданских прав, нахождение которых в обороте не допускается, должны быть прямо указаны в законе. Имеется в виду ограничение оборотоспособности определенных объектов путем указания лиц, которым они могут принадлежать, а также продажа которых производится по специальному разрешению в порядке, предусмотренном законом. Так, Законом от 12 ноября 1996 г. «Об оружии»' перечислены виды гражданского и служебного оружия, оборот которого на территории РФ ограничен. В этом же Законе предусмотрены права на приобретение оружия отдельно государственных военизированных организаций, юридических лиц с особыми уставными задачами, а также граждан РФ и иностранцев. Сохраняет силу Указ Президента РФ от 22 февраля 1992 г. «О видах продукции (работ, услуг) и:отходов производ-

' См.: Собрание законодательства Российской Федераций. 1996. №51. Ст. 5681.

ства свободная реализация которых запрещена»'. Среди прочего, в приложенном к постановлению Перечне видов продукции и отходов производства свободная реализация которых запрещена, значатся ракетно-космические комплексы, уран, другие делящиеся материалы и изделия из них яды и наркотические вещества, спирт этиловый, лекарственные средства за исключением лекарственных трав, и др.

К приведенным можно прибавить и такие примеры: запреты уступки преимущественного права покупки доли (п. 4 ст. 250 ГК), ограничение возможности заключения договоров купли-продажи и залога сервитута (п. 2 ст. 275 ГК).

Одну из разновидностей отступлений от свободы договоров представляет собой установление различного рода преимуществ. При общем в принципе негативном отношении к такой практике (имеется, в частности, в виду содержащееся в п. 1 ст. 426 ГК запрещение коммерческой организации оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора) в ряде случаев подобные отступления легализуются. Такая возможность применительно к публичным договорам допускается самой ст. 426 ГК.

Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» (п. 2 ст. 7) содержит общее запрещение необоснованного предоставления отдельным хозяйствующим субъектам налоговых и иных льгот, ставящих их в преимущественное положение по отношению к другим хозяйствующим субъектам, работающим на рынке того же товара.

Специальный вид ограничений связан с правами, которыми наделены Государственный комитет по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур, а также его органы на местах. В частности, имеется в виду предоставленное им право издавать предписания о прекращении продажи товаров с истекшим сроком годности либо товаров (выполнения работ), на которые должны быть, но не установлены сроки годности или сроки службы, о приостановлении продажи товаров

(выполнения работ, оказания услуг) при отсутствии достоверной и достаточной информации о товаре (работе, услуге) и др. Во всех таких случаях речь идет о санкциях за нарушения, установленные ГК и иными законами, которые относятся к соответствующим договорам.

Как уже отмечалось, объектом договора, как и любого иного правоотношения, не могут быть вещи. которые законом или иным образом изъяты из оборота. Кроме того, некоторые объекты, указанные в законе или в предусмотренном в нем порядке, могут принадлежать только определенному кругу лиц либо лицам, получившим специальное разрешение.

См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 10. Ст. 492.

В соответствии со ст. 12 Закона «О недрах» участки недр не могут быть предметом купли-продажи, дарения, наследования, вклада, залога или отчуждения в иной форме. Право пользования недрами может отчуждаться или переходить от одного лица к другому в той мере, в какой их оборот допускается федеральными законами.

В ряде случаев в одном и том же договоре используются и те и другие ограничения. Примером могут служить нормы о договоре залога. В них, в частности, предусмотрено, что в роли залогодателя вещи может выступать только ее собственник или тот, кому вещь принадлежит на праве хозяйственного ведения, а в роли залогодателя прав – тот, которому это право принадлежит (ст. 335 ГК). В то же время из числа предметов залога исключаются помимо имущества, изъятого из оборота, также требования, неразрывно связанные с личностью кредитора, и имущество граждан, на которое обращение взыскания законом запрещено или ограничено (имеется, в частности. в виду изрядно устаревшее Приложение 1 к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР 1964 г. «Перечень видов имущества граждан, на которое не может быть обращено взыскание по исполнительным документам».

Существует немало и других специальных актов, направленных на исключение возможности заключения договоров, также связанных с отчуждением определенных видов имущества. Например, запрещены передача. обмен долями (паями или их частями, акциями) между юридическими лицами, в уставных капиталах (фондах) которых доля государственного или муниципального имущества превышает 25 процентов. Такой же запрет существует и в отношении досрочной продажи закрепленных в федеральной собственности пакетов акций акционерных обществ, созданных в процессе .приватизации предприятий, производящих продукцию (товары, услуги), которая имеет стратегическое значение для обеспечения национальной безопасности страны по перечню, утвержденному Правительством РФ (Указ Президента РФ от 11 мая 1995 г. «О мерах по обеспечению гарантированного поступления в федеральный бюджет доходов от приватизации»'),

Наконец, ограничение свободы договоров может быть связано с их основанием. Имеется в виду, что существенный признак многих договоров составляет их цель. В этой связи стороны могут заключать договоры по выбранной ими модели только при условии, если основание конкретного договора будет соответствовать той цели, которая указана применительно к данной модели. Так, например, для договоров розничной купли-продажи и бытового обслуживания в равной мере обязательным является то, что эти договоры должны быть направлены на удовлетворение соответствующих

1 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 20. Ст. 1776.

потребностей (п. 1 ст. 492 ГК и п. 1 ст. 730 ГК). В противном случае договор не может

рассматриваться ни как розничная купля-продажа, ни как бытовой подряд, а значит, и к отношениям сторон будут соответственно применяться, на что уже обращалось внимание, лишь общие положения о купле-продаже и общие положения о подряде. Более строгим является то же требование в договоре, основанном на публичном конкурсе. В силу п. 2 ст. 1057 ГК этот договор должен быть направлен на достижение какой-либо общественно-полезной цели.

Позитивное ограничение свободы, как уже отмечалось, выражается .в том что заключение договора или включение в него определенного условия становится обязательным для одной или обеих сторон.

Статья 421 ГК допускает понуждение заключать договор только при наличии указаний в кодексе, в законе или в добровольно принятом обязательстве, Во всех таких случаях речь идет о возникновении у соответствующего лица по отношению к будущему контрагенту обязанности заключить в установленный срок и в установленном порядке определенный гражданско-правовой договор. Независимо от того, служит ли в соответствующих случаях основанием возникновения обязательства закон (как подчеркивал М.М. Агарков, когда говорят «обязательства из закона, имеют в виду обязательство, возникшее из определенного юридического факта, предусмотренного в законе, не являющегося ни договором, ни односторонней сделкой, ни деликтом»') или соглашение сторон (в подобных случаях речь идет о предварительном договоре), соответствующее обязательство обеспечивается необходимостью для лица, уклонившегося от заключения обязательного для него договора, возмещения другой стороне причиненных убытков (п. 4 ст. 445 ГК), а если это предусмотрено законом или договором, то и уплатой неустойки2. Наконец, может возникнуть вопрос об исполнении и обязательства заключить договор в натуре.

3. ВОЛЯ И ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕ В ДОГОВОРЕ

Договор-сделка определяет содержание правоотношения, порожденного волей заключивших его сторон. Отмеченная особенность договора выражает родовой признак сделок, отличающий их от таких юридических фактов, как причинение вреда другому лицу, неосновательное обогащение, ненормативные акты государственных органов и органов местного самоуправления и др. Указанное отличие объединяет двух(много)сторонние сделки с односторонними.

Агарков М.М. Указ. соч. С. 95 и ел. См. подробнее п. 9 гл. IV.

Иного взгляда придерживалась Р.О. Халфина. «Нам могут возразить, -~ отмечала она, – что юридическим фактом, служащим основанием для возникновения, изменения или прекращения правоотношения и регулирующим также поведение сторон, является не только договор. Таким юридическим фактом является и односторонняя сделка, например завещание, регулирующая, в соответствии с нормами объективного права, поведение наследников, их взаимные права и обязанности в случае смерти завещателя. Однако между этими двумя видами юридических фактов имеются существенные различия»'. К числу последних автор отнесла два: то, что завещание еще не порождает непосредственно правоотношения (завещание начинает регулировать поведение сторон только после выражения наследником согласия принять наследство), а также то, что воля завещателя, которая была направлена на регулирование поведения участников, выразилась целиком в завещании, оставаясь в дальнейшем без изменений. В этой связи автор отмечает; «Завещание не учитывает и не может учитывать тех изменений в положении сторон, которые могли иметь место к тому времени, когда возникает порожденное завещанием правоотношение»2.

Однако, как нам кажется, оба этих «различия» в равной мере спорны. Во-первых, если иметь в виду, что смысл завещания состоит в возникновении у указанного в нем лица права принять наследственное имущество, то, очевидно, это право возникает у наследника до и независимо от выражения им воли, направленной на принятие наследства. Последнее представляет собой лишь акт реализации наследником уже принадлежащего ему с момента смерти наследодателя права. Во-вторых, поскольку свое завещание завещатель вправе изменить или отменить в любое время, он может учитывать всякие изменения, происшедшие после составления им завещания, и сделать это ему проще, чем стороне в договоре, поскольку для такого рода изменений нет необходимости во встречном выражении воли другим лицом.

Регулирующее воздействие односторонних сделок еще более наглядно проявляется, если иметь в виду, например, эмиссию ценных бумаг. В этом случае поведение эмитента регулируется сразу и непосредственно, особенно если речь идет об именных или предъявительских ценных бумагах-

Всякий раз, когда говорят о сделке и ее разновидности – договоре, имеют в виду два формирующих сделку элемента: волю и волеизъявление. Одна из основных связанных с этим проблем имеет отношение к определению относительной значимости каждого из указанных элементов. Отмеченная проблема приобретает большое значение не только при толковании договора, но и применительно к другим вопросам, и прежде всего связан-

' Халфина Р.О. Указ- соч. С. 106. 2 Там же. С. 107.

ным с основаниями признания сделок (договоров) недействительными, а павно с широко используемой практикой заключения договоров через представителей.

Относительная значимость воли и волеизъявления для сделок вообще и договоров в частности давно и широко обсуждается в литературе. Обычно ее решение увязывают с тем, как и почему в законе появились отражающие ту или иную позицию нормы и в чем состоит их смысл.

Если попытаться установить, что важнее – воля или волеизъявление, то с чисто логической точки зрения возможны строго определенные варианты решения. В этой связи, поставив вопрос: «Чему следует придавать определяющее значение – воле или волеизъявлению?», Н.В. Рабинович смогла свести взгляды всех, кто высказывался по данному вопросу, в три группы'. Первую составляют те, кто, опираясь на теорию «воли», признавали, что во всех случаях, когда воля распознаваема, а ее подлинный смысл может быть впоследствии установлен, при возникновении спора нужно считаться именно с волей2.

Вторая группа объединила авторов, которые наоборот, считали необходимым руководствоваться «выражением воли», имея в виду, что, если воля не была надлежащим образом проявлена, нельзя судить о ее содержании3.

Третья группа авторов ограничивалась указанием на необходимость соответствия волеизъявления воли и, не предлагая решения вопроса, – по мнению Н.В. Рабинович, сводила все лишь к общим суждениям4.

Сама Н.В. Рабинович пришла к выводу, что при «расхождении между волей и волеизъявлением, если все же воля распознаваема и сделка вообще может быть признана состоявшейся, предпочтение должно быть отдано воле, а не волеизъявлению»5.

На наш взгляд, основу сделок составляет действительно воля. Именно она создает сделку, и поэтому-

то сделка считается волевым актом. И когда И.Б. Новицкий указывал в качестве основного признака сделки ее «направ-

Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960. С. 6 и ел.

См.: Шахматов В.П. Основные проблемы теории сделок по советскому гражданскому праву. Автореферат кандидатской диссертации. Свердловск, 1951. С- 8-9.

Ссылка была сделана на И.Б. Новицкого (Сделки. Исковая давность. С. 22), а также на автореферат кандидатской диссертации С.В. Занковской «Существенное заблуждение в сделке в советском гражданском праве» (М., 1950. С. 7).

В сноске Н.В. Рабинович указано: ЛгарковМ.М. Понятие сделки по советскому ^ажданскому праву // Советское гражданское право. 1946, № 3/4. С. 46; Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве, М.: Госюриздат, 1У58. С. 96; Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций. Л.: Изд-во ^ГУ,1958. С.222-223.

Рабинович Н.В. Указ. соч. С. 7.

ленность»', то имелась в виду именно направленность воли. В силу отмеченной причины возникновения сделки определение ее смысла, установление добровольности и др. должны связываться по общему правилу именно с волей,

Указанное обстоятельство проявляется особенно наглядно при признании недействительными мнимых и притворных сделок. В первом случае воли вообще нет (сделка совершается лишь для вида, без намерения создать соответствующее ей правовое последствие), а во втором – подлинная воля скрыта ее фикцией (сделка совершена с целью прикрыть другую). Соответственно и мнимая сделка с ее пороками воли и притворная, при которой волеизъявление не соответствует подлинной воле недействительна (ст. 170ГК).

Точно так же законодатель (ст. 171, 172, 175, 176, 177 ГК) считает достаточным основанием признания сделки недействительной пороки воли, вызванные такими причинами, как недостижение установленного возраста (сделка, совершенная несовершеннолетним), состояние здоровья (ГКихическое расстройство), злоупотребление спиртными напитками или наркотическими средствами, нахождение лица в момент совершения сделки в таком состоянии, при котором оно не способно понимать значение своих действий или руководить ими, и др.

В результате следует прийти к выводу, что, если усматривать основу теории воли в идее «чего я хотел», то теорию волеизъявления можно выразить в формуле «что я сделал», имея в виду, что причиной последнего должно признаваться, как правило, свое желание. Этим объясняется существование общей презумпции в пользу того, что волеизъявление соответствует воле и сделка по этой причине будет признана недействительной только при условии, если сторонам удастся доказать: в указанных случаях воля либо отсутствовала, либо была порочной, либо ей не соответствовало то, как она была выражена.

Однако законодатель вынужден учитывать результат, который может привести к признанию примата воли по отношению к волеизъявлению. Когда говорят о том, что гражданский оборот есть совокупность сделок, то имеют в виду все же совокупность волеизъявлений. Соответственно основной принцип договорного права – свобода договоров представляет собой именно свободу выражения воли, т.е. свободу волеизъявления. Наконец, применительно к любой отрасли права

понятие противозаконности (противоправности) относится к поведению лица и его действиям, Если законодатель что-либо запрещает, дозволяет или обязывает, он имеет в виду именно, волеизъявление. Всегда, когда лицо действует, не вступая в коллизию с законом, для правоприменительных органов в виде общего принципа без-

' См.: Новицкий И.Б. Сделки, Исковая давность. С. 11 и ел.

различна его воля: соблюдало ли лицо закон, например, потому, что хотело так поступить, или сделало это, скрипя сердце, вопреки тому, что хотелось

сделать.

И только при противоправных действиях, если возникает вопрос об ответственности лица, в том числе и за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств, а сама ответственность сторон строится на началах вины, суду необходимо определить, действовало ли лицо умышленно или неосторожно, либо имел место случай (casus). Только тогда оценке подвергается воля.

Наконец, важно подчеркнуть, что традиционное представление о сделке, которое нашло отражение во всех Гражданских кодексах РФ (РСФСР), в том числе и в ныне действующем (ст. 153), сводится все же к указанию: «Сделка – это действие», т.е. результат воли, или, иначе, волеизъявление.

Для гражданского оборота вопрос о волеизъявлении имеет особое значение. Дело в том, что его участники судят о воле потенциального контрагента именно по волеизъявлению и с этим сообразуют собственные действия. Следовательно, если суд ставит впереди волеизъявления волю, эта его исходная позиция может привести к опасной для оборота неопределенности; всякий раз, заключив договор, до полного его прекращения сторона должна опасаться поступления от контрагента требования признать договор недействительным, ссылаясь на то, что «сделал не то, что хотел (хотел и мог сделать)».

В новом Гражданском кодексе значение волеизъявления усилено. Это обстоятельство отражено в ряде его новелл.

Так, в частности, изменились правила о сделках, совершенных за пределами правоспособности юридического лица (ст. 173 ГК). Если ранее такие сделки были ничтожными, то отныне ничтожными по указанному основанию могут признаваться лишь сделки, совершенные некоммерческими организациями, а из числа коммерческих – унитарными предприятиями и организациями иных видов, указанных в законе. Кроме того, оспоримыми (не ничтожными!) признаются сделки, совершенные юридическим лицом q противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в его учредительных документах, а равно юридическими лицами, не получившими, вопреки закону, лицензию на занятие соответствующей деятельностью. ГК в интересах гражданского оборота допускает использование такого основания признания договора недействительным только в случаях, когда доказано, что контрагент знал или заведомо должен был знать об указанных ограничениях правоспособности.

И все же, на наш взгляд, перечисленные случаи, при которых оценке подвергается волеизъявление, отнюдь не означают его примата по отноше-

нию к воле. Такого примата не может существовать, ибо следствие не может быть поставлено впереди причины. Все дело в том, что презумпция -сделка соответствует воле, в виде общего правила

оспоримая. в отдельных случаях превращается в неоспоримую, т.е. такую, оспаривание которой по мотиву порока воли не допускается. При этом решающее значение имеет теперь не столько то, как полагала Н.В. Рабинович применительно к ГК 22, может ли суд установить подлинность воли, а принципиально иное: мог ли судить о воле стороны в момент заключения договора её контрагент'.

Любое решение законодателя в пользу или воли, или волеизъявления по самой сущности своей представляет способ защиты соответствующей стороны в договоре – либо той, чья воля порочна, либо ее контрагента и тем самым оборота.

Общий принцип – о защите сделки (договора), совершенной с пороками воли стороны, в ряде случае формализован в законе.

Наиболее убедительная в этом смысле ситуация складывается при заключении договора под влиянием существенного заблуждения. Статья 178 ГК, как и ее предшественница ст. 57 ГК 64. сознательно пренебрегает тем, мог ли или должен был принимать во внимание контрагент, что сторона совершает сделку, заблуждаясь в ее природе, в тождестве или в качестве ее •предмета. Более того, если будет доказано, что контрагент об этом заблуждении стороны знал, есть основание для применения ст. 179 ГК (имеется в виду «обман»). ;

Правда, ст. 178 ГК стала более гибкой по сравнению со ст. 57 ГК64.. Теперь суду предоставлена возможность пренебречь ссылкой стороны на имевшее место ее заблуждение: если в ГК64 использовалась формула «сделка... признается недействительной», то в ГК говорится о том, что по указанному обстоятельству «сделка... может быть признана судом недействительной». Хотя, конечно, не исключено, что и по нынешнему ГК существенное заблуждение окажется достаточным основанием для признания договора недействительным. Вместе с тем налицо явная уступка интересам оборота (обязательность признания договора недействительным по требованию стороны превратилась в возможность).

В результате следует прийти к выводу, что нельзя присоединиться ни к теории воли, ни к теории волеизъявления, поскольку вытекающие из исходных позиций каждой из них приоритеты могут оказаться зачеркнутыми,

' Р.О. Халфина выделила три основные группы случаев, в которых волеизъявление стороны или сторон может не соответствовать их воле: 1) стороны сознательно заключают договор, не соответствующий их подлинным намерениям; 2) одна из сторон вступает в договор, не соответствующий ее подлинной воле, под воздействием недобросовестного контрагента; 3) стороны или одна их них вступают в договор вследствие заблуждения (Халфина Р.О. Указ. соч. С. 222).

как это сделано в ст. 174 ГК, при определенных условиях или во всех случаях при рассмотрении конкретного дела, как предусмотрено ст. 178 ГК.

По этой причине, думается, наиболее обоснованна точка зрения В.А. Ря-сендева, полагавшего, что «сделка представляет собой единство субъективного элемента " воли и объективного элемента – изъявления воли»'.

И все же, нам кажется, трудно согласиться с О.С. Иоффе, считавшим, что «закон не отдает предпочтения ни внутренней воле, ни волеизъявлению, а исходит из их единства»2. Все дело в том. что закон колеблется, но всегда признает приоритет то того, то другого элемента сделки (договора). Наглядный пример – толкование сделки3.

Вопросы воли и волеизъявления в договоре (сделке) непосредственно связаны с представительством-правоотношением, которое возникает между представляемым и представителем и имеет целью осуществление первым сделки (сделок) от имени и в интересах второго. Представительство предполагает. что необходимые действия совершает представитель, а их последствия несет представляемый. Еще одна особенность представительства -то, что речь идет именно о юридических (не фактических!) действиях. По той и другой причине в роли представителя должен непременно выступать наделенный необходимой дееспособностью гражданин либо юридическое лицо.

Представитель осуществляет свои действия в рамках полномочий, которыми его наделил представляемый, включая и заключение договора, его исполнение, а равно расторжение. В этой связи по общему правилу в роли представляемого также выступает либо юридическое лицо, либо дееспособный гражданин, т.е. те, кто способен своими действиями создать правоотношение, которым является представительство. Однако последнее правило знает и исключение, когда представляемым выступает гражданин, не обладающий дееспособностью. В указанном случае имеет место возникновение правоотношения из закона и соответственно вместо недееспособного содержание полномочий представителя определяет сам закон. Однако и при таком варианте представительство продолжает оставаться правоотношением, в котором представляемому противостоит представитель,

Поскольку представитель выступает от имени представляемого, его действиями сразу же и непосредственно создаются права и обязанности у представляемого. Тем самым складывается определенная фикция: у пред-

Советское гражданское право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 195. Аналогичную позицию занимал В,П. Шахматов (Шахматов В.П. Составы противоправных сделок. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1967. С, 24 и ел.). -

^ Иоффе О.С. Советское гражданское право; курс лекций. Л., 1958. С. 222. См. подробнее п. 32 гл. III.

ставляемого возникают такие последствия чужих действий, как будто бы сделка (договор) была совершена им самим.

Принципиальная схема представительства состоит в том, что одно лицо своей волей определяет полномочия, а другое – собственной волей создает договор. С изложенных позиций кажется спорной высказанная Р.О. Халфиной точка зрения, в силу которой «воля представителя непосредственно направлена не на создание тех правовых последствий, которые связаны с заключаемым им договором, а на то, чтобы реализовать волю представляемого, для которого и возникают права и обязанности по договору»'.

В действительности, как полагаем, воля представителя, не отличаясь в этом смысле от воли представляемого, направлена на заключение соответствующего договора. По указанной причине если имеет место, например, существенное заблуждение представителя, то, какими бы широкими ни были его полномочия, суды все равно должны признать заключенный им договор недействительным. Так, например, если представитель считал, что он приобретает кирпичный дом, а в действительности приобрел деревянный и только обложенный кирпичом, сделка признается недействительной даже тогда, когда выданной представителем доверенностью будет поручено купить дом без уточнения материала, из которого он сделан.

Существует давний спор о том, чья воля учитывается при совершении сделки с помощью представителя. Так, например, взглядам И,Б. Новицкого, полагавшего, что речь должна идти о воле

представителя2, противостояли, в частности, точки зрения Н.В. Рабинович и Р.О. Халфиной, исходивших из необходимости учитывать волю, а значит, и пороки воли как представителя, так и представляемого3.

На наш взгляд, наиболее обоснованным является мнение А. Гордона, высказанное им много лет назад. Противопоставляя представителя, призванного совершать юридические действия, посланцу, совершающему действия фактические, он справедливо указал на то, что в конечном счете смысл представительства состоит в том, что представитель сам совершает юридические действия от имени представляемого, при этом «.проявляет свою (выделено автором. – М.Б.) волю, которая признается волей самого лица представляемого»4.

Во всех случаях, когда речь идет о действиях представителя, имеются в виду две разные сделки. Одна, конечная, совершается представителем (купля-продажа, аренда, подряд и т.п.). Другая выражается в наделении

' Халфина Р.О. Указ. соч. С, 69-70.

2 См.: Советское гражданское право. М.: Госюриздат, 1959. С. 97.

3 См.: Рабинович Н.В. Укоз. соч. С. 91-92; Халфина Р.О. Указ. соч. С. 69 и ел;

4 Гордон А. Представительство в гражданском праве. СПб., 1979. С. 16.

представителя полномочиями. Эта последняя – односторонняя по своей природе сделка, а значит, и пороки воли в ней учитываются исключительно применительно к представляемому.

По указанной причине следует согласиться с теми, кто полагает необходимым учитывать пороки воли и представляемого, и представителя. Правда, последствия пороков, о которых идет речь, различны. Пороки воли представителя превращают основную сделку в недействительную с указанными на этот счет в главе ГК последствиями. Пороки воли представляемого влекут за собой невозможность возникновения договора между представляемым и третьим лицом. Однако это не всегда препятствует тому, чтобы основная сделка была признана действительной. В подобном случае вступает в действие п. 1 ст. 183 ГК: при отсутствии полномочий у представителя «сделка считается заключенной от имени и в интересах совершившего ее лица».

При оценке юридической силы этой последней нормы следует исходить из необходимости ограничительного ее толкования применительно к случаям заключения договоров. Имеется в виду, что соответствующие последствия – договор признается заключенным с представителем – наступают только при наличии согласия третьего лица. Согласие стать контрагентом представителя не равнозначно согласию стать контрагентом представляемого. В качестве примера можно привести решение, вынесенное, кстати заочно, одним из районных судов г. Новороссийска (дело №2-3842-97). Речь в нем шла о заключении АОЗТ с банком кредитного договора на значительную сумму. Сделка была подписана генеральным директором АОЗТ в нарушение Закона «Об акционерных обществах» без согласия совета директоров. При этих условиях суд счел возможным признать, со ссылкой на ст. 183 ГК, кредитный договор заключенным банком непосредственно с генеральным директором. Естественно, что это решение было обжаловано банком. Очевидно, при отсутствии своего согласия несостоявшийся контрагент может вместе с отказом от совершения договора с представителем потребовать от последнего возмещения убытков.

При участии в договоре юридического лица соответствующие действия могут совершать его органы и

выступающие на основе доверенности представители. В отличие от ГК 64, который в ст. 66 допустил подписание доверенности, помимо руководителей, также упомянутым в учредительном документе лицами только для кооперативных и общественных организаций (доверенность от имени государственной организации мог выдавать лишь ее руководитель), новый Кодекс (п. 5 ст. 185) устанавливает, как правило, Для всех юридических лиц единый режим: доверенность от любого из них может быть выдана как руководителем, так и иным лицом, которое упол-

помочено учредительными документами'. В этой связи, когда суд апелляционной инстанции отказался считать действительным договор, заключенный по доверенности, подписанной не руководителем потребительского общества, а товароведом, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал такое постановление неверным. Было обращено внимание на необходимость проверить, обладал ли соответствующими полномочиями товаровед2.

Отсутствие полномочий у представителя традиционно признается исцелимым. Имеется в виду возможность для представляемого одобрить действия представителя, и тогда наступают последствия, которые возникли бы при наличии у представителя полномочий на момент совершения сделки. Речь идет о п. 2 ст. 183 ГК, в силу которого последующее одобрение сделки представляемым создает, изменяет и прекращает для него гражданские права и обязанности по данной сделке с момента ее совершения.

Поскольку последующее одобрение, как и наделение полномочиями, является сделкой, к нему применяются правила о способах совершения сделок. Имеется в виду, в частности, возможность их заключения с помощью конклюдентных действий. Речь идет о сложившейся арбитражной практике, усматривающей одобрение сделки в действиях стороны, связанных с осуществлением ею прав по сделке. Так, например, товарищество с ограниченной ответственностью предъявило иск к АООТ о взыскании штрафа за просрочку поставки нефти. Договор, в силу которого предстояло осуществить поставку, был подписан от имени АООТ заместителем генерального директора, не имевшим надлежащих полномочий. Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, несмотря на возражения ответчика, счел возможным признать договор сторон заключенным в силу последующего его одобрения. Оно выразилось в том, что АООТ взыскало в свое время с покупателя задолженность по отгруженной ранее нефти, а также штраф за несвоевременную оплату3.

А вот иной пример конклюдентного действия, расцененного таким образом при рассмотрении спора о правомочиях руководителя, подписавшего договор. В постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ содержится указание на то, что «исполнение договора на протяжении двух.

В виде исключения ГК сохранил для юридических лиц, основанных на государственной и муниципальной собственности, требование при выдаче доверенности второй подписи ~ главного (старшего) бухгалтера. Такое контрассигнование необходимо, как и по ГК 64, для совершения операций, связанных с получением или выда- • чей денег и других имущественных ценностей (п. 5 ст. ! 85).

2 Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 3. С- 77.

3 См.; Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997, № 1 С. 53.

дет дает основания в соответствии со ст. 183 ГК считать совершенную сделку одобренной товариществом»'.

ГК теперь специально выделяет ситуацию, при которой сделка была совершена лицом, имевшим полномочия от того, кто ими наделять в деист»-вительности не мог в силу договора с третьим лицом (например, арендатор помещения, который в силу заключенного им договора аренды не вправе был заключать договоры субаренды, не мог выдавать кому-либо доверенность (на заключение сделки субаренды) или в силу учредительного акта (например, генеральный директор при отсутствии общего решения собрания участников общества с ограниченной ответственностью выдал от имени общества поручительство, хотя такое решение в силу устава общества являлось обязательным).

Одна из особенностей ст. 174 ГК состоит в том, что она не делает различий между способами выражения полномочий и соответственно распространяется не только на полномочия, выраженные в доверенности, но и на те, которые могут считаться очевидными из обстановки, в которой совершена сделка (например, при совершении сделки с продавцом магазина), или даже определены в законе.

Указанная норма распространяется и на случаи, когда соответствующее ограничение вводится каким-либо специальным внутренним актом юридического лица. Примером может служить приказ Центрального банка Российской Федерации от 14 марта 1995 г.2 Им определен порядок заключения договоров от имени Центрального банка Российской Федерации, которым предусмотрено, решение каких именно должностных лиц может служить основанием для выдачи доверенности на право заключения договоров, каковы предельные суммы договоров, на заключение которых может быть выдана доверенность, с кем из должностных лиц должны быть согласованы проекты заключаемых договоров.

Статья 174 ГК ставит предусмотренное в ней последствие – недействительность сделки в зависимость от того, знало ли третье лицо об имевших место ограничениях полномочий представителя или по крайней мере должно было об этом знать. Тем самым она переносит риск совершения сделки без полномочий на представляемого. Такое решение несомненно соответствует интересам устойчивости оборота. В приведенной статье проявилась общая для нового ГК тенденция к защите интересов оборота и в этой связи к устойчивости заключенных договоров. В подтверждение можно сослаться на п. 3 ст. 253 ГК, который посвящен сделкам, совершаемым одним из тех, кто является совместным собственником. Такое лицо вправе действовать подобным образом лишь при наличии соглашения всех сособ-

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. Jfe 7. С. 94. 3 См.: Банковский бюллетень. 1995. № 2.

ственников. Однако сделка без получения такого согласия' может быть оспорена по указанному мотиву, только «если доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об этой (т.е."об отсутствии соглашения. – м.б))).

Точно так же допускается оспаривание сделки по мотивам «знал или должен был знать» п. 2 ст. 189 ГК (знал или должен был знать, что доверенность утратила силу) или ст, 173 ГК (знал или должен был знать, что контрагент – юридическое лицо вышло за пределы «установленной для него специальной правоспособности»).

Редакция указанной статьи (174 ГК) позволяет сделать вывод, что сам, законодатель презюмирует: вторая сторона об ограничении полномочий не знала и не должна была знать. Следовательно, бремя доказывания возлагается на представляемого.

Судебная практика, применяя ст. 174 ГК, исходит из признания в определенных случаях правовой

силы за ограничениями, которые находятся, за пределами учредительных документов юридического лица. Так, Высший Арбитражный Суд РФ обратил внимание на необходимость учитывать ограничения полномочий, закрепленные в решении общего собрания членов акционерного общества'.

Практика Высшего Арбитражного Суда РФ применительно к совершению сделок органами юридического лица в ряде случаев весьма спорна. Это имеет место главным образом в связи с договорами, заключенными руководителем юридического лица, действующим без надлежащих полномочий.

Вот один из примеров: договор залога недвижимости со стороны залогодателя был подписан председателем правления акционерного общества. При рассмотрении этого дела выяснилось, что в договоре содержалось указание на действия председателя «на основании устава». Между тем в уставе не было предусмотрено право председателя заключать такого рода сделки с недвижимостью. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ полагал это достаточным для признания договора недействительным, посчитав, что обращение договора к уставу означало обязанность второй стороны ознакомиться с ним2.

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №3. С. 88. Правда, в другом деле Высший Арбитражный Суд Российской Федерации. счел достаточным доказательством одобрения договора подписанный начальником участка фабрики акт сдачи-приемки предмета договора (см.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С, 77).

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996. № 7. С, 41.

В подтверждение устойчивости подобной практики можно указать и на другое дело. В постановлении, вынесенном Президиумом Высшего Арбитражного Суда Рос-

Между тем, учитывая, что ссылка на устав является обычным реквизитом договора, заключенного от имени юридического лица, кроме подписанного представителем, действующим на основе доверенности, содержащееся в ст. 174 условие (вторая сторона «знала или должна была знать...») следовало бы понимать как необходимость при заключении любого договора с представляемым через представителя требовать представления устава. А это вступает в явное противоречие с потребностями нормально функционирующего рынка.

В ряде случаев ограничение компетенции органов юридического лица;

определяется законом или указом Президента РФ. Так, например, в Указе Президента РФ от 10 июня 1997 г. «О некоторых мерах по обеспечению государственного управления экономикой»' содержится перечень вопросов, которые представители государства могут решать только с согласия наделенных необходимой компетенцией государственных органов.

Положением о порядке продажи государственных предприятий-должников предусмотрено, что для совершения назначенным руководителем предприятия-должника договоров, которые приводят к отчуждению или обременению обязательствами основных фондов, необходимо получить согласие федерального управления или соответствующего органа исполнительной власти субъекта Федерации.

Аналогичный вариант складывается применительно к уставу приватизированных организаций, основанных на Типовом уставе акционерного общества, утвержденного Указом Президента РФ от 1 июля 1992 г.2 В соответствии с этим последним в исключительную компетенцию совета директоров входит утверждение заключения сделок с активом общества, размер которых превышает 20

процентов его квартального оборота в предшествующем квартале. Тем самым для подобных сделок одной лишь воли генерального директора оказывается недостаточно.

В настоящее время приобретает такое же значение и еще один по счету вариант нормативного регулирования компетенции органов. Имеется в виду гл. X Закона «Об акционерных обществах», посвященная крупным

сийской Федерации, обращается внимание на то, что в преамбуле кредитного договора указано: генеральный директор действовал на основе устава совместного предприятия в форме АОЗТ. Это предполагает ознакомление кредитора с данными документами. Имеется в виду, что в уставе было предусмотрено отнесение вопросов заключения кредитного договора к компетенции правления. Решение по такого рода вопросам должно быть вынесено им единогласно. В подобной ситуации, по мнению Президиума, есть основания признать, что банк, выдавший кредит, должен был заведомо знать о соответствующих ограничениях (см.: Вестник Высшего Арбитражного Суда. 1997.№ 3. С. 59).

1 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 7. •Ст. 700.

2 См.: Ведомости Российской Федерации. 1992. № 47. Ст. 1722.

сделкам. В ней предусматривается, что для совершения сделок, связанных с приобретением или отчуждением обществом имущества на сумму, равную от 25 до 50 процентов балансовой стоимости активов общества на дату принятия решения о совершении сделки, необходимо единогласное решение совета директоров, а такой же сделки, превышающей по сумме 50 процентов балансовых активов, решения квалифицированного большинства в общем собрании акционеров.

В некоторых опубликованных делах, разрешенных Высшим Арбитражным Судом РФ и связанных главным образом со случаями отступлений от типового устава 1992 г., суды признавали соответствующие договоры недействительными со ссылкой на ст, 168 ГК, посвященную сделкам, которые не соответствуют требованиям закона или иных правовых актов.

Примером может служить рассмотренное Высшим Арбитражным Судом РФ дело. АООТ заявило иск к акционерному коммерческому банку о применении последствий недействительности заключенной сторонами сделки. Арбитражным судом было установлено, что истец – созданное на базе государственного предприятия путем его преобразования акционерное общество открытого типа. При этом истец заключил договор при отсутствии решения совета директоров. В своем постановлении Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал: «Установленные законом особенности правового положения акционерных обществ, созданных в процессе приватизации, распространялись на истца, о чем кредитор знал или должен был знать вне зависимости от того. были ли особенности закреплены в уставе». Именно это обстоятельство послужило основанием для признания того, что кредитный договор сторон является недействительным'.

Приведенная практика, при которой соответствующие ситуации укладывались в рамки ст. 174 ГК, получила определенное распространение2.

Наряду с этим Высший Арбитражный Суд РФ в других делах рассматривал сделки, совершенные в нарушение компетенции соответствующих органов, созданных на основе приватизации (имеются в виду нарушения Указа Президента РФ от 1 июля 1992 г.), как противоречащие закону и соответственно считал необходимым руководствоваться ст. 168 ГКЗ. На наш взгляд, эта практика является обоснованной.

В подтверждение можно сослаться на то, что ст. 174 ГК имеет в виду противоречия полномочий лица, совершившего сделку, не закону, а только

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. Я" 1. С. 20. Такого же рода решения были опубликованы в «Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» за 1996г. (№ 8 (С. 11-12),№ 11 (С. 74) и № 2 (С. 93-94), № 4 (С. 57)).

3 См., в частности: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №8. С. 12-13; 1997. №5. С. 100-101; № 6. С. 77-78; № 5. С. 101.

учредительным документам и договору. Исключительный характер указанной нормы не допускает ее распространительного толкования. При этом общей нормой в таких случаях является именно ст. 168 ГК, которая устанавливает недействительность сделки, нарушающей закон. Это обстоятельство имеет весьма важное значение, поскольку ст. 174 ГК считает такого рода сделку оспоримой. Между тем смысл издания законов, ограничивающих полномочия органа определенных юридических лиц, состоит в том, чтобы сам факт противоречия сделки соответствующей норме закона считался необходимым и достаточным основанием для признания сделки недействительной. При этом условие, выражающееся в формуле «знала или должна была знать», не действует точно так же, как не должна она применяться в любых других случаях, когда речь идет о нарушении закона. К этому следует добавить и то, что отнесение указанной ситуации к числу попадающих под действие ст. 168 ГК и исключение ее из-под действия ст. 174, делает недостижимой цель, которую ставит перед собой законодатель (в данном случае – защитить интересы акционеров).

Отмеченное обстоятельство позволяет сделать вывод, что в соответствующих случаях при нарушении закона исключается возможность признания полномочий существующими. Это не исключает применения и при таком варианте п. 2 ст. 183 ГК, в силу которого допускается и последующее одобрение сделки, которое, однако, должно быть произведено в порядке, предусмотренном соответствующим законом (например, в отношении сделок акционерного общества, в зависимости от их объема, решение, подтверждающее таким образом заключенную сделку, должно быть вынесено соответственно общим собранием акционеров или советом директоров)'.

С вопросами о воле и волеизъявлении для представительства, в том числе и в целях формирования договоров (сделок), имеет значение также ряд других вопросов, поскольку воля представителя имеет определенное самостоятельное значение, в виде общего правила признается недопустимым одновременное выступление одного и того же лица при заключении договора в качестве представителя обеих сторон.

Интересна в этом смысле позиция дореволюционного права, выраженная в одно из вынесенных еще в 1899 г. решений Сената. «Во всяком двухстороннем договоре должны участвовать два лица, из которых одно принимает на себя, на определенных условиях, известные обязательства перед другим. Соединение в одном лице двух договаривающихся сторон

\ Прямые указания на этот счет содержатся в п. 14 постановления Пленума Высшего Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах» (см.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 6. С. 18).

было бы противно самому понятию о договоре, который составляется не иначе как по взаимному согласию договаривающихся лиц. Это требование закона не может быть исполнено, если в договоре

участвует только одно лицо, хотя бы по доверенности от другого, ибо в этом случае взаимного согласия договаривающихся лиц быть не может. Посему поверенный, от имени своего доверителя, не может заключать договоров с самим собою, не может продать самому себе имение своего доверителя, не может и купить имение доверителя своего, участвуя в совершении купчей крепости в одно и то же время от своего имени и от имени доверителя. На сем же основании он не может выдавать долговых обязательств самому себе от имени доверителя своего. Такое обязательство представляется недействительным с самого момента его выдачи, и посему последующая передача его третьему лицу не может сделать его действительным»'.

Аналогичную позицию занимал ГК 64, а теперь, как может показаться, занимает действующий Гражданский кодекс. Имеется в виду п. 3 ст. 182 ГК, в котором предусмотрено, что представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично. Одновременно в указанной статье содержится такой же запрет на совершение сделок от имени представляемого в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является. В той и другой ситуации с позиций ст. 182 ГК, следует сделать вывод, что в подобных случаях речь идет только о сделке с самим собой. По этой причине доверенность, выданная представителю на право заключения им договора от своего имени с представляемым, не может иметь силы, так как налицо заключение сделки с самим собой. Однако ГК теперь внес весьма важную новеллу, связанную с появлением фигуры коммерческого представителя. В данном случае речь идет об особой по отношению к п. 3 ст. 182 ГК норме, при которой одно и то же лицо -коммерческий представитель может самостоятельно представительствовать от имени обоих контрагентов (ст. 184 ГК). Может показаться, что приведенная конструкция противоречит правовой природе договора как двух-или многосторонней сделки. Между тем ситуация, о которой идет речь в ст. 184 ГК, в действительности имеет весьма существенное отличие. Оно состоит в том. что в первом случае представитель не может заключать договор для себя, т.е. в своем интересе, в то время как во втором этого нет» поскольку сторонами в договоре будут представляемые, но не представитель, и соответственно договор будет заключен без участия в нем представителя, поскольку, если выдана доверенность разными лицами одному представителю, в формировании договора участвуют две воли, исходящие

' Приведено в кн.: Свод законов гражданских / Составитель И.М. Тютрюмов. СПб., 1911.С. 976. :i ,

от каждой из сторон будущего договора, в роли которых выступают представляемые.

Запрещение совершить сделку («заключать договор») в подобных случаях (имеется в виду ст. 182 ГК) связано прежде всего со стремлением законодателя отразить интересы слабой стороны, которой считается представляемый по отношению к представителю. Отмеченное обстоятельство предопределило необходимость допущения коммерческого представительства, при котором лицо заключает договор на основе полученных им of обоих контрагентов доверенностей только при непременном наличии особых гарантий интересов представляемых.

Такого рода гарантии (ст. 184 ГК) весьма многочисленны. Во-первых, они охватывают полномочия представителя на заключение договора, закрепленные в заключенных им договорах или в выданных ему доверенностях.

Во-вторых, соответствующие полномочия непременно предусматривают право представителя заключать договор, действуя от имени обоих контрагентов. Это и позволяет представляемому оценить возможные последствия того, что его представитель выступает одновременно представителем контрагента, конкретизировать и тем самым в необходимом случае ограничить

полномочия коммерческого представителя.

В-третьих, коммерческое представительство допускается только применительно к заключению и исполнению договоров в сфере предпринимательской деятельности.

В-четвертых, установлен специальный субъектный состав правоотношения: представляемый – предприниматель, а представитель ~ лицо, постоянно и самостоятельно выступающее от имени предпринимателей в определенной сфере предпринимательской деятельности.

Дополнительные гарантии интересов представляемого выражает требование действовать с заботливостью обычного предпринимателя, установление презумпции равенства вознаграждения и компенсации понесенных расходов, благодаря чему у коммерческого представителя возникает равное отношение к обоим представителям и, наконец, обязанность сохранять в тайне сведения о совершенных сделках, которая имеет силу и после заключения договора.

Хотя ГК 64, в отличие от действующего ГК, безоговорочно отвергал возможность совершения представителем сделок от имени представляемого не только в отношении себя лично, но и в отношении другого лица, представителем которого он одновременно являлся (ст. 62), в литературе высказывалось мнение, что все же двойное представительство допустимо, Это мнение исходило от В.А. Рясенцева. Он полагал, что применение правила о двойном представительстве возможно, но.; «лишь при согласии на

это... обоих представляемых»'. Правда, на чем основывалось это утверждение и как могло действовать указанное правило при наличии ст. 62 ГК 64, которая как норма исключительная не допускала ни распространительного, ни ограничительного толкования, оставалось неясным. Кроме того, отсутствовали необходимые гарантии для представляемой стороны, которые включены теперь в ГК.

С вопросами о соотношении воли и волеизъявления связан и такой:

как могут быть наделены полномочиями руководители филиала и представительства? В течение длительного времени судебные органы допускали определенную альтернативу; основанием для представительства могли служить либо доверенность, либо прямое указание на этот счет в положении о соответствующем обособленном подразделении юридического лица2, Это вызвало определенные сомнения в литературе3. Теперь позиция судебных органов изменилась. Постановлением Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г. предусмотрено, в полном соответствии с п. 3 ст. 55 ГК, что непременным основанием полномочий руководителя филиала и представительства должна быть именно доверенность. «Соответствующие полномочия, – подчеркнуто в постановлении. ~ должны быть удостоверены доверенностью и не могут основываться лишь на указаниях, содержащихся в учредительных документах юридического лица, положении о филиале (представительстве) и т.п., либо явствовать из обстановки, в которой действует руководитель»4.

В ряде случаев договор, скрепленный подписью руководителя филиала, оформляется как заключенный филиалом, а не стоящим за ним юридическим лицом. Однако арбитражная практика придает решающее значение при определении природы такого договора наличию у руководителя филиала доверенности юридического лица. Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал стороной в договоре страхования (страховщиком) со всеми вытекающими отсюда последствиями страховую фирму, при этом основанием для такого вывода служило то, что «договор

со стороны страховщика заключен руководителем... филиала фирмы, имевшим доверенность фирмы на совершение сделки». Это обстоятельство позволило считать договор «совершенным от имени фирмы»5.

До принятия указанного постановления обоих Пленумов позиция Высшего Арбитражного Суда РФ была не совсем устойчивой. Это прояв"

' См.: Советское гражданское право. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1975. С, 231.

2 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1995.№ 1.С. 85.

3 См.: Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. Для предпринимателей. М., 1995. С. 89.

4 Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 10.

5 Там же. № 5. С. 36.

лялось в том, что признавалось возможным наделение руководителя филиала и представительства необходимыми полномочиями путем как выдачи особой доверенности от имени юридического лица, так и указания на соответствующие полномочия в положениях о соответствующих структурных образованиях юридического лица. Такая позиция выражалась в постам новлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 декабря 1994 f. «Об участии в арбитражном процессе обособленных подразделений юридических лиц»'. Она вызывала сомнения, поскольку обособленность имущества как филиала, так и представительства носит условный характер, так как это имущество составляет часть имущества самого юридического лица. При таком ранее действовавшем порядке, помимо прочего, стороной в представительстве противостояла юридическому лицу его неправосубъект-ная часть, которая, как таковая, вообще от своего имени выступать не могла2.

4. НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ДОГОВОРОВ

Поскольку договоры представляют собой сделку, к ним применяются и нормы ГК о действительности и соответственно недействительности сделок.

Большинство содержащихся в ГК условий действительности сделок были известны и предшествующим кодексам. Вместе с тем гл. 9 ГК содержит немало новелл, которые выражаются либо в появлении новых видов недействительных сделок, либо во внесении изменений в ранее существовавшие на этот счет нормы. Помимо уже указанных выше, в числе первых, т.е. новых, видов можно назвать сделки, совершенные с целью, противной основам правопорядка, а также нравственности. В посвященной этому статье (ст. 169 ГК) речь идет об условиях и последствиях недействительности сделок применительно к указанным двум основаниям.

Для уяснения смысла ст. 169 ГК следует сопоставить ее со ст. 168 ГК, которая также признает, если закон не предусматривает иное, ничтожными любые сделки, не соответствующие требованиям закона или иных правовых актов.

Данные статьи предполагают разные последствия: п. 2 ст. 167 ГК -восстановление в прежнем состоянии (двустороннюю реституцию), а ст. 169 – зачисление при определенных условиях всего полученного в доход Российской Федерации. Отмеченное обстоятельство само по себе означает необходимость указать квалифицирующие признаки ст. 169 ГК. Их насчитывается три.

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1994. № 3. С. 51-

52

2

См. об этом: Комментарий части первой Гражданского кодекса для предпринимал телей. М., 1995. С. 88-89.

Во-первых, непосредственным объектом служат не просто законы и иные правовые акты, но непременно те, которые содержат основы правопорядка. Соответственно имеются в виду сделки, которые подпадают под категорию совершенных в противоречии с публичным порядком в стране1, Во всяком случае, такую оценку, как правило, должна получить сделка, вступающая одновременно в противоречие с нормами Уголовного кодекса. В виде примера можно привести действия, нарушающие антимонопольное, валютное, налоговое законодательство, законодательство о земле и других природных ресурсах либо иное, закрепляющее основы правового регулирования экономики страны. При этом всякий раз речь идет прежде всего о публично-правовых по их природе актах2-

Во-вторых, действия, о которых идет речь, должны быть совершены умышленно и этот умысел должен быть непременно направлен на цель, заведомо противную основам правопорядка. Один из возможных вариантов -совершение сделки путем мошенничества.

В-третьих, конкретные последствия совершения соответствующих сделок зависят от того, действовали ли умышленно обе стороны (никакой реституции плюс зачисление двухстороннее в бюджет Российской Федерации) или только одна из них (односторонняя реституция плюс взыскание всего, что получила или должна была получить по сделке одна из сторон, в бюджет Российской Федерации).

Теперь о второй норме той же статьи. ; Известно, что гражданское законодательство ряда стран считает сделки, нарушающие мораль, недействительными. Интерес представляет в этом смысле п. 1 ст. 138 Германского гражданского уложения, в силу которого

А.П. Белов провел интересный сравнительный анализ представлений о нарушениях публичного порядка как основании признания сделок недействительными применительно к разным странам. Его конечный вывод сводится к тому, что ни в законодательстве, ни в доктрине нет более или менее ясного определения публичного порядка. «Существующие определения носят слишком общий характер, из которого нельзя сделать вывод с достаточной точностью, о каких императивных нормах, соответствующих публичному порядку, может идти речь в соответствующей стране» (Белов А.П. Публичный порядок: законодательство, доктрина, судебная практика// Право и экономика. 1996. № 19-20. С. 90).

2 Под действие указанной нормы подпадают, очевидно, и некоторые сделки, признаваемые недействительными в силу п. 2 ст. 28 Закона «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» – такие, а частности, как «использование при приватизации незаконных средств платежа», «наличие сговора между продавцом и покупателем, в том числе о занижении такого имущества».

«сделка, противоречащая добрым нравам, ничтожна»'. Резко негативное отношение к указанной конструкции высказал И.А. Покровский. Подразумевая в первую очередь «добрые нравы», он указывал: «Тем самым мы имеем перед собой не нечто точное и определенное, а некоторую

сплошную загадку, разрешить которую юристы до сих пор не в состоянии»2. В этой связи автор весьма критически отнесся к самой идее «договоров, противных нравственности»3.

В послеоктябрьской литературе вопрос о необходимости рассматривать нарушение морали как основание недействительности договора вызывал определенные споры. Так, Д.М. Генкин был активным сторонником признания недействительными сделок, противоречащих морали, рассматривая их как разновидность противозаконных сделок, которые в то время предусматривались ст. 30 ГК 224. Аналогичные взгляды высказывал И.Б. Новицкий, который, в частности, применительно к условным сделкам подчеркивал: «По своему содержанию условие не должно противоречить ни закону, ни морали...»5 Тем самым оба этих критерия недействительности ~ противоречие закону и противоречие морали – ставились на одну и ту же доску.

Оппонентом выступала Р.О. Халфина, которая вообще отрицала какую бы то ни было связь между нарушением морали и признанием по этому основанию сделки недействительной. Соответственно позицию сторонников такого признания она считала «искусственной и надуманной»6.

Аргументы, использованные Р.О. Халфиной, представляются весьма спорными. Это относится, в частности, к оценке приведенного Д.М. Ген-

' Для сравнения можно указать на ст. 40 Книги 3 Гражданского кодекса Нидерлан-дов: сделка, которая по содержанию или цели противоречит нравственности или общественному порядку, ничтожна.

2 Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 246.

3 В дореволюционной России к категории ничтожных относились «сделки, заключенные с нарушением закона, постановленного в ограждение права публичного, в ограждение высших интересов государства, общественного порядка, нравственности и благочиния» (Исаченко В.Л., Исаченко Л.В. Указ. соч. С. 39).

См.: ГенкинД.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВИЮН. Вып. V. М., 1947. С.

Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. С. 47. В отличие от Д.М. Генкина И.Б. Новицкий считал, что все же к сделкам, нарушающим нормы морали, не выраженным в конкретной правовой норме, не должны применяться конфискационные меры (указ. работа С. 80).

6 См.: Халфина Р.О. Указ. работа. С. 181 и ел. Н.В. Рабинович придерживалась того же, что и Р.О. Халфина, мнения, хотя и с более мягкой аргументацией: приравнивание сделок, нарушающих нормы морали, к тем, которые нарушают нормы права, «создавало бы неустойчивость и неопределенность в применении ст. 30 ГК» (Рабинович Н.В. Указ. работа. С. 41).

киным примера договора, по которому один из супругов обязуется выплатить другому денежную сумму за то, что тот возбудит дело о разводе'. Вряд ли есть основания, следуя за Р.О. Халфиной, усмотреть в данном конкретном случае выход в признании такого договора недействительным, но, как она полагала, уже по иному основанию: ограничению правоспособности или дееспособности лица. Ни с тем, ни с другим как будто бы такая сделка не связана.

Прямая норма о соответствии сделки требованиям морали как особого оценочного критерия появилась впервые в ГК. Для установления пределов действия этого критерия необходимо учесть

общее соотношение морали и права. Во всяком случае, формула «право есть минимум морали» сохраняет свое значение. В противном случае пришлось бы прийти к выводу – если учесть соотношение последствий совершения сделок, о которых идет речь в ст. 168 и ст. 169 ГК, – что нарушение морали в гражданском законодательстве влечет более строгие последствия, чем нарушение норм права. В этой связи, на наш взгляд, надлежит, очевидно, воспользовавшись правилами о грамматическом толковании, прийти к выводу, что подобно тому, как речь в ст. 169 ГК идет о нарушении не просто правопорядка, а его основ, указанная статья имеет в виду именно нарушения нравственных основ общества. Думается, что такое решение пресловутой «проблемы запятой» при толковании ст. 169 наиболее соответствует позиции законодателя.

Поскольку в действующем Кодексе речь идет, как нам кажется, все же об «основах нравственности» (имеется в виду, что формулу ГК «основы правопорядка и нравственности» следует толковать, как «основы правопорядка» и «основы нравственности»), высказанные И.А. Покровским опасения по поводу растворения права в нравственности в значительной мере отпадают. Хотя, разумеется, судебная практика, которая по этому поводу будет постепенно складываться, должна иметь в виду указанное соображение и всемерно избегать превращения любых нравственных категорий в юридически значимые настолько, чтобы заключенная с их нарушением сделка была ничтожной и к тому же влекущей, помимо недействительности, переход имущества в доход Российской Федерации.

Законодатель счел необходимым в ряде случаев специально выделить негативные для стороны последствия определенных сделок, которые также можно считать нарушающими основы морали, К их числу относятся сделки, совершенные под влиянием обмана, угрозы, насилия, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной, или кабаль-

' Халфина Р.О. Указ- работа С. 182. Следует отметить, что указанный пример приводится в немецкой литературе и практике в подтверждение запрета соглашений, облегчающих развод (см.: Эннекцерус Л. Курс гражданского права. Т. 1. Полутом 2. М.: Иностранная литература, 1950. С. 265).

ные сделки. Все они, подобно тем, о которых идет речь в ст. 169 ГК, признаются недействительными и влекущими переход имущества в доход Российской Федерации в качестве санкции. Однако сохранение этого вида сделок (ст. 179 ГК) в настоящее время уже параллельно с теми, о которых идет речь в ст. 169 ГК, является оправданным, поскольку они и теперь продолжают считаться оспоримыми, а не ничтожными, как это имеет место в отношении сделок, содержащихся в ст. 169 ГК.

Из проведенного анализа следует, что существующие нормы ГК четко различают сделки с нарушением правопорядка – по ст. 168: ничтожность плюс двусторонняя реституция и основ правопорядка – по ст. 169: ничтожность плюс двухстороннее взыскание в доход Российской Федерации. Вероятно, было бы оправданным выделение подобным же образом наряду со сделками, нарушающими основы морали, таких, которые нарушают мораль, ограничившись для последних последствиями, указанными в ст. 168 ГК. Подтверждением целесообразности такого решения может служить норма, закрепленная в п. 2 ст. 459 ГК. Она предусматривает, что условие, по которому риск случайной гибели или случайного повреждения переходит на покупателя с момента сдачи товара первому перевозчику, может быть признано недействительным, если будет установлено: «в момент заключения договора продавец знал или должен был знать, что товар утрачен или поврежден, и не сообщил об этом покупателю». Думается, что в данном случае как раз и имеет место нарушение морали и достаточным для нее последствием может служить недействительность в сочетании с двусторонней реституцией и возмещением убытков потерпевшей стороне.

Среди многих спорных вопросов, относящихся к недействительности сделок, есть и такой: является ли вообще недействительная сделка «сделкой» и соответственно является ли недействительный договор «договором»? К числу тех, кто давал положительный ответ на этот вопрос, относилась Н.В. Рабинович. Ход ее рассуждений был таков: «недействительная сделка: а) представляет собой волевое действие, выражающее в определенной форме волю субъекта; б) волеизъявление в ней, как и во всякой сделке, направлено на установление, изменение или прекращение правоотношения;

в) в результате совершения недействительной сделки возникает определенное правоотношение; г) участники ее, возможно, стремились к установлению того или иного правомерного отношения и никаких иных целей не преследовали»'.

Однако стоит в виде примера обратиться только к одному виду недействительных сделок – мнимым, чтобы оказалось: ни один из указанных признаков такой сделки не присущ. К этому следует добавить, что и вооб-

Рабинович Н.В. Указ. соч. С. 12.

ще любой из видов недействительных сделок хотя бы одним из указанных Н.В. Рабинович признаком не обладает.

К числу сторонников той же идеи: недействительный договор – все равно договор – принадлежал И.Б. Новицкий. Соответственно он оспаривал взгляды Д.М. Генкина, сетовавшего на то, что одним и тем же термином «сделки (договоры)» называют действие, направленное на достижение определенной цели и его достигшее, с одной стороны, и действие, хотя и также направленное, но не достигшее результата, т.е. не приведшее к возникновению, изменению или прекращению правоотношений'. Такие взгляды И.Б. Новицкий считал «неправильными» и «бесцельными». По мнению самого И.Б. Новицкого, «сделка всегда действительна, но она может быть действительной условно. Так, если она совершена под влиянием заблуждения, обмана и т.п., то потерпевший может ее оспорить, и тогда она утратит силу»2. К сожалению, осталась необъясненной ситуация с заключением ничтожных сделок, которые недействительны с самого начала, независимо от судебного решения, и соответственно в плане создания последствий, на которые была направлена воля стороны, на самом деле есть «ничто». И правовое значение такой сделки состоит лишь в том, что она либо вообще не порождает никаких последствий, либо порождает последствия, сторонами нежелаемые, носящие характер санкции за неправомерное действие. Наконец, имеет немаловажное значение и то, что, если мы будем считать недействительную сделку «сделкой», придется убрать из родового понятия «сделка» один из его основополагающих элементов. Имеется в виду, что сделка-это «правомерное действие».

С учетом отмеченных и ряда других аргументов, выдвигаемых О.А. Красавчиковым и Ю.К. Толстым3, полагаем вполне обоснованными сомнения, высказывавшиеся Д.М. Генкиным по поводу конструкции «недействительные договоры» («недействительные сделки»).

До принятия ГК к числу дискуссионных относился и вопрос о том, нужно ли считать обязательным обращение в суд для признания сделки ничтожной. Так, по мнению Н.В. Рабинович, суд обязан объявить ничтожную сделку таковой4. Соответственно она считала неправильной позицию Д.М. Генкина, признававшего, что для признания ничтожной сделки недействительной не требуется решения суда5.

' См.: ГенкинД.М. Указ. соч. С. 49.

2 Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. С. 66.

3 См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М.:

Госюриздат, 1958. С. 120; Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л., 1955. С. 141.

4 См.: Рабинович Н.В. Указ. соч. С. 14 и 16. s См.: ГенкинД.М. Указ. соч. С. 49.

Хотя ст. 166 ГК не дает оснований сомневаться в правоте позиции Д.М. Генкина, однако этим соответствующая проблема не исчерпывается. В связи с появлением указанной статьи возникла необходимость определить, а может ли все-таки сторона обратиться в суд за признанием договора ничтожным и как к этому обращению он должен относиться?

Непосредственным поводом для подобных сомнений послужило то, что ст. 12 ГК, посвященная способам защиты гражданских прав, включила теперь в это число, в частности, «признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, применение последствий недействительности ничтожной сделки». Из этого иногда делали вывод, что, «если сделка является ничтожной, то предъявляются требования не о признании настоящей сделки таковой, а о применении последствий ее недействительности».

Приведенное положение нуждается в уточнении. Ничтожная сделка, несомненно, является недействительной независимо от решения суда. Но это отнюдь не исключает права сторон обратиться в суд по поводу недействительности ничтожной сделки, даже не требуя применения предусмотренных в законе последствий. Все дело лишь в характере заявленного иска. При признании оспоримой сделки недействительной имеет место иск о преобразовании: существующее между сторонами договорное правоотношение в силу решения суда становится недействительным со всеми вытекающими отсюда последствиями. При ничтожности сделки речь идет об иске о признании наличия факта, с которым закон связывает ничтожность сделки. Следовательно, такого рода обращение в суд укладывается в рамки первого выделяемого в ст. 12 ГК способа защиты: «признания прав», что по самой своей природе означает в равной мере признание наличия или отсутствия права.

В подтверждение теперь можно сослаться на позицию Высшего Арбитражного Суда РФ. Вскоре после выхода нового Кодекса было опубликовано конкретное дело, в котором Президиум Высшего Арбитражного . Суда РФ отменил как необоснованное постановление нижестоящего арбитражного суда, который прекратил производство по делу о признании недействительным договора аренды, заключенного с нарушением закона'. Впоследствии эта практика получила подтверждение в Постановлении Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1июля 1996г. №6/82.

В указанном постановлении (п. 32) подчеркивается: учитывая, что Кодекс не исключает возможности предъявлять иски о признании недействи-

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №7. С.89-90. 2 См. там же. № 9. С. 13.

тельной ничтожной сделки, споры по таким требованиям подлежат разрешению судом в общем порядке по заявлению любого заинтересованного лица. При этом следует учитывать, что такие требования могут быть предъявлены в суд в сроки, установленные п. 1 ст. 181 ГК. При удовлетворении иска в мотивировочной части решения суда о признании договора недействительным

должно быть указано, что он является ничтожным. В этом случае последствия недействительности такого договора применяются судом по требованию любого заинтересованного лица либо по собственной инициативе.

В связи с тем что ничтожный договор не порождает юридических последствий, кроме случаев применения имущественных конфискационных санкций, такой договор должен быть признан недействительным непременно лишь с момента его совершения. Отличительную особенность соответствующего дела составляет то, что, «вынося решение о признании, суд, устраняя спорность, вносит определенность в вопрос о существовании и содержании спорного правоотношения, а также о его объекте»'.

ГК впервые, как уже отмечалось, ввел в свой состав специальную норму, посвященную разграничению двух разновидностей недействительных сделок – ничтожных и оспоримых. При этом ст. 168 ГК устанавливает то, что имеет принципиальное значение, – презумпцию: «недействительная сделка ничтожна». Это означает необходимость для отнесения сделки к числу оспоримых соответствующего указания в законе.

Отмеченное обстоятельство имеет весьма важное значение при применении ГК. Дело в том, что в ряде статей, помещенных в главы, которые посвящены отдельным видам договоров, содержится прямое указание на то, что в соответствующих случаях договор признается ничтожным. Имеются в виду статьи о предварительных договорах (п. 2 ст. 429 ГК), договорах дарения (п. 3 ст. 572 и п. 2 ст. 574 ГК), субаренды (п. 2 ст. 618 ГК), безвозмездного пользования (п. 1 ст. 842 ГК), страхования предпринимательского риска (ст. 933 и 951 ГК), а также имущественного страхования (п. 1 ст. 951 ГК), коммерческой концессии (п. 1 ст. 1028).

Наряду с этим во многих статьях употребляется родовой термин -«недействительность договора». Имеются в виду договоры о залоге (п. 4 ст. 339 ГК), поручительстве (ст. 362 ГК), договор с лицом, выигравшим торги (п. 2 ст. 449 ГК), купли-продажи (п. 2 ст. 459 ГК), купли-продажи недвижимости (ст. 550 ГК), купли-продажи предприятия (п. 2 ст. 560 ГК), аренды здания или сооружения (п. 1 ст. 651), аренды предприятия (п. 3 ст. 658 ГК), найма жилого помещения (ст. 684 ГК), банковского вклада (п. 2 ст. 835 и п. 2 ст. 836 ГК), страхования имущества (п. 2 ст. 930 ГК), личного

' Гурвич М.А. Судебное решение: Теоретические проблемы. М,: Юрид. лит., 1976. С. 15.

страхования (п. 2 ст. 934 ГК), страхования (п. 1 ст. 940 ГК, п. 3 ст. 944 ГК и п. 3 ст. 951 ГК), доверительного управления имуществом (п. 3 ст. 1017 ГК), коммерческой субконцессии (п. 2 ст. 1029 ГК) и др.

В некоторых статьях, вошедших во второй перечень (ст. 449, 459, 562, 684 934, 951 ГК), предусмотрено, что сторона в соответствующем случае может требовать признания договора недействительным. Такая редакция нормы означает его оспоримость. В остальных статьях той же второй группы нет прямого указания на ничтожность договора. Отсутствуют в них также и признаки оспоримой сделки (не говорится о признании сделки недействительной по требованию стороны). Это означает, что в таких случаях (ст. 339, 362, 550, 560, 651, 658, 835, 836, 940, 1017 и 1029 ГК) соответствующая сделка является ничтожной. Указанный вывод непосредственно следует из ст. 168 ГК1.

5. ОБЩИЙ ПОРЯДОК ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ

Процесс заключения договоров предопределен самой природой соответствующей конструкции: если смысл договора состоит в соглашении, то тем самым его заключение предполагает выражение воли каждой из сторон и ее совпадение.

Традиционным для законодателя в течение длительного времени было выделение двух случаев заключения договоров с созданием для каждого из них своего особого режима. Речь идет о заключении договора между «присутствующими» и между «отсутствующими». При том и другом варианте стадии предложения (оферты) и ее принятия (акцепта) следуют одна за другой и никогда не совмещаются.

Необходимость в особом режиме заключения договоров между отсутствующими усматривается в том, что в этом случае имеет место разрыв во времени от волеизъявления одной из сторон и до его восприятия находящимся более или менее далеко возможным контрагентом. Напротив, заключение договора между присутствующими предполагало, что такого разрыва во времени нет, поскольку стороны непосредственно общаются между собой.

Одно из немногих исключений содержится в п. 2 ет. 460, который предусматривает: «Условие договора о том, что риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя с момента сдачи товара первому перевозчику, по требованию покупателя может быть признано судом недействительным, если в момент заключения договора продавец знал или должен был знать, что товар утрачен или поврежден и не сообщил об этом покупателю». В приведенном случае речь идет об обычной оспоримой сделке и соответственно отсутствие указания на ее ничтожность вытекает из самой редакции статьи.

Однако развитие техники связи привело к тому, что находящиеся в разных местах стороны получили возможность общаться безо всякого интервала во времени с помощью телефона, обмена факсами и др. В результате уже ГК 22 вынужден был прибегнуть к определенной фикции, включив в ст. 131 примечание, в соответствии с которым предложение, сделанное по телефону, признавалось предложением присутствующему.

ГК 22 проводил дифференциацию и по иному признаку. Имеются в виду различия в порядке заключения договоров в зависимости от характера оферты: содержит ли она срок для акцепта или нет.

ГК 64 счел возможным сохранить только одно из указанных делений -по признаку наличия или отсутствия в оферте срока для акцепта. В случаях, когда такой срок имелся, для признания договора заключенным необходимо было, чтобы лицо, сделавшее предложение (оферент), получило от другой стороны ответ о принятии предложения в течение этого срока (ст. 162 ГК). При отсутствии в оферте срока для акцепта договор считался заключенным, если другая сторона немедленно заявляла лицу, сделавшему предложение, о принятии оферты. А при такой же, но письменной оферте договор признавался заключенным, если ответ о принятии предложения был получен в течение нормально необходимого для этого времени (ст. 163 ГК).

ГК сохранил некоторые из приведенных решений и вместе с тем ввел определенное число новелл, имеющих принципиальное значение.

Кодекс начинает регулирование договоров со стадии выражения стороной воли заключить договор, т.е. выступления с офертой. Все, что предшествует этой стадии, создать договор не может

(разумеется, это не относится к действиям, направленным на заключение предварительного договора, которому придается самостоятельное значение). Сделанный вывод в равной мере относится к переписке сторон, к протоколу о намерении и ко всем другим актам, выражающим желание каждой из сторон или обеих вместе заключить договор при условии, если исходящие от сторон документы не подпадают под признаки оферты и (или) акцепта,

Отмеченное обстоятельство не означает, что предшествующие заключению договора материалы, направленные каждой из сторон или разработанные обеими вместе, вообще лишены какого-либо значения, Имеется в виду, что ст. 431 ГК, как уже отмечалось, допускает при толковании договора использование для целей выяснения общей воли сторон предшествующие договору переговоры и переписку. Однако в указанном случае и переписка, и переговоры названы лишь обстоятельствами, связанными с заключением договора. Если учесть, что переговоры и переписка поставлены в один ряд с установившейся между сторонами практикой и их после

дующим поведением, становится ясным: и переговоры, и переписка имеют тдць доказательственное, а не правообразующее значение'.

Для решения ряда вопросов, связанных с правовыми последствиями договора, определяющее значение имеет указание места его заключения. Так применительно к некоторым ситуациям ст. 316 ГК ставит установление места исполнения обязательства в зависимость от места заключения договора (или, что то же самое, места возникновения обязательства). Иллюстрацией служат некоторые коллизионные нормы, например ст. 165 сохранивших пока еще свою силу в этой части Основ гражданского законодательства 1991 г. В ней установлено, что «форма сделки подчиняется праву места ее совершения... Права и обязанности сторон по сделке определяются по праву места ее совершения, если иное не установлено соглашением сторон. Место совершения сделки определяется по советскому праву».

ГК впервые содержит общую на этот счет норму – ст. 444. В ней приоритет отдается месту заключения, указанному в договоре. И только при отсутствии в нем такого указания местом заключения договора признается место жительства (гражданина) или место нахождения (юридического лица) оферента.

Гражданские права и обязанности всегда приведены к определенному времени. Уже по этой причине значение имеет установление момента их возникновения. В случаях, когда речь идет о правах и обязанностях, важно определить момент, с которого договор начинает действовать. Теперь ГК, также впервые, включил в свой состав на этот счет специальную норму: в соответствии со ст. 425 ГК договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения; сторонам предоставляется право согласиться с тем, что условия договора распространяются на их отношения, возникшие до заключения договора.

Таким образом, в конечном счете определяющее значение для установления и места и времени заключения договора имеет момент, в который договор признается заключенным. Общее правило на этот счет содержится в п. 1 ст. 433 ГК, в силу которой договор считается заключенным в момент получения акцепта оферентом. Дополнением к нему в той же ст. 433 ГК установлено в виде исключения, что если для договора необходима также и передача имущества, то он считается заключенным с момента, когда в соответствии с законом (ст. 223 ГК) произведена передача2, а если договор подлежит государственной регистрации, – то с момента ее совершения.

^ См. п. 9 гл. III.

Примером может служить любой реальный договор. Так, в силу п. 1 ст. 957 ГК Договор страхования, если иное в нем не предусмотрено, начинает действовать только с момента уплаты страховой премии или первого ее взноса.

Существуют и некоторые специальные правила о моменте заключения договора. Так, например, в п. 1 ст. 540 ГК договор энергоснабжения для бытового потребления считается заключенным с момента первого фактического подключения абонента в установленном порядке к присоединенной сети.

Об оферте как таковой идет речь в ст. 435-437 ГК. В указанных статьях определяется, во-первых, что представляет собой оферта; во-вторых, какие требования предъявляет к ней законодатель; в-третьих, каковы порожденные ею последствия и, в-четвертых, как следует отграничить оферту от смежных правовых понятий.

Офертой является предложение, которое отличает ряд индивидуализирующих признаков и влечет за собой установленные в законе правовые последствия как для того, от кого она исходит (оферента), так и для адресата (акцептанта). Поскольку последствия, о которых идет речь, весьма существенны для обоих – оферента и акцептанта, к оферте предъявляются весьма строгие требования. При их несоблюдении из нее не вытекает никаких правовых последствий или по крайней мере тех. которые закон, а в его рамках стороны с нею связывают. , i

Первое требование – достаточная определенность оферты. Это предполагает. что из нее адресат способен сделать правильный вывод о воле оферента. Любая неопределенность, касающаяся различных элементов будущего договора – указания сторон, их прав и обязанностей, а равно предмет договора вызывает возможность различного понимания содержания оферты, что особенно важно для случаев, когда моменты оферты и акцепта предельно сближаются. Это может повлечь за собой утрату офертой своего назначения. Есть основания полагать, что такая неопределенность должна быть истолкована в пользу акцептанта исходя из общего принципа, в силу которого в первую очередь учитываются интересы стороны, воспринявшей нуждающееся в толковании изъявление воли.

Второе требование относится к направленности оферты; она должна выражать намерение лица, которое выступает с предложением, считать себя заключившим договор на условиях, указанных в договоре с адресатом, в случае, если последний примет предложение. Указанное требование означает, что оферта должна быть составлена таким образом, чтобы позволить адресату сделать вывод: для заключения договора достаточно выражения совпадающей с офертой воли им самим. Отмеченный признак, как и предыдущий, позволяет отграничить оферту от обычных переговоров, совершаемых устно или письменно и имеющих целью уточнить намерения контрагента или вызвать его на то, чтобы он, в свою очередь, выступил с контрпредложением.

Третье требование относится к содержанию оферты: ст. 435 ГК предполагает, что оферта включает существенные условия договора. Указанное тоебование имеет двоякое значение. Во-первых, предложение должно охватывать все такие условия, которые однозначно определены как существенные в ст. 432 ГК либо вытекают из нее. Во-вторых, указанный в оферте набор условий является для него максимальным. Следовательно, после того как адресат примет предложение, не предложив со своей стороны никаких изменений или дополнений, оферент не сможет менять набор условий, содержащихся в оферте. В конечном счете смысл этого важнейшего требования к оферте состоит в том, что она, по выражению Л. Эннекцеруса, «должна быть настолько определенная, чтобы

можно было путем ее принятия достигнуть соглашения о всем договоре»'.

Четвертое требование связано с адресностью оферты. Иначе говоря, из нее должно быть ясно, к кому именно она обращена. Определенность адреса оферты в литературе понималась по-разному. Так, была весьма распространена точка зрения, по которой оферта должна быть всегда адресована конкретному лицу (конкретным лицам) и никогда не может быть «брошена в толпу». Этот вывод в той или иной мере был связан с известным римскому праву принципом допустимости оферты только ad incertam personam.

Сторонником такого взгляда была, например, Р.О. Халфина. Она полагала, что «предложение не может рассматриваться как оферта, поскольку здесь еще не установлен один из существенных элементов договора – его сторона»2. Ее позицию поддержал Ф.И. Гавзе3.

Раздавались голоса и в пользу признания офертой при некоторых условиях предложения, адресованного неопределенному кругу лиц, если из нее усматривалась воля оферента заключить сделки «с любым и каждым»4.

В настоящее время, когда участники оборота имеют возможность сами находить себе партнеров, при этом в условиях все ужесточающейся конкуренции распространилась практика помещения различного рода приглашений к заключению договоров по радио, телевидению, в прессе и т.п., ГК изменил свою позицию. Имеется в виду, что, отвечая этим потребностям, Кодекс признал офертой предложение, которое при соблюдении всех остальных требований – достаточной определенности и полноты – выражало волю заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется.

Эннекцерус Л. Указ. соч. Т. I. Полутом 2. С. 175.

Халфина Р.О. Указ. соч. С. 207. ^ Гавзе Ф. И. Указ. соч. С. 92.

См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 50; Новицкий И.Б., ЛунцЛ.А. Указ. соч. С.151-152. -. ...

К такой «публичной» оферте может быть отнесено сообщение в газете, по радио или телевидению о продаже точно указанных товаров, выполнении точно указанных работ, предоставлении строго определенных услуг адреса оферента, готовности вступить на объявленных условиях в договор с любым желающим и др. С точки зрения законодателя, никакой разницы между такой публичной офертой и обычной, адресованной конкретному лицу, нет. Имеется в виду, что все те последствия, которые вызывает обычная оферта, следуют и из публичной.

Все же п. 1 ст. 437 ГК содержит общую презумпцию в пользу того, что реклама и иные предложения, которые адресованы неопределенному кругу лиц, признаются только приглашением к оферте, но не офертой. При публичной оферте определенность во взаимоотношениях сторон зависит от •характера предложения, а значит, снять неопределенность должен тот, кто обращается с предложением. Если он хочет выступить с офертой, ему надо прямо выразить это в предложении, не заставляя вторую сторону догадываться, что следует понимать под соответствующим извещением.

Наряду с приведенным общим существует и специальное правило, которое действует применительно к розничной купле-продаже (п. 2 ст. 494 ГК). Оно выражается в том, что выставление товаров в месте продажи (на прилавке, витрине и т.п.), демонстрация их образцов или представление сведений о продаваемых товарах (описаний, каталогов, фотоснимков товаров и т.п.) в месте их продажи могут быть признаны публичной офертой даже в случаях, когда отсутствует цена и другие существенные

условия, если только продавец явно для окружающих определил, что соответствующие товары предназначались для продажи (подобное указание может быть сделано, например, в витрине). Таким образом, в исключение из правила, установленного п. 1 ст. 437 ГК, самого по себе выставления товара в месте продажи недостаточно для предположения, что продавец рассматривает эти свои действия как оферту.

В новейшей литературе, даже после принятия ГК с его нормами о публичной оферте, высказываются взгляды в пользу «конкретного адресата оферты». Соответственно смысл публичной оферты усматривают в том, что это «предложение заключить договор обращено не к неопределенному кругу лиц, а к любому и каждому. Поэтому первый, кто отзовется на публичную оферту, акцептует ее и тем самым снимает предложение (такси, стоящее на стоянке с включенным зеленым огоньком; автоматы по продаже прохладительных напитков; размещенные на прилавке магазина товары и т.п.)'.

На наш взгляд, с этим согласиться трудно. Существуют две разные ситуации, связанные с публичной офертой. Одна из них действительно предполагает однократность оферты и, следовательно, поглощение ее заклю-

' См.: Гражданское право. Т. I. СПб., 1996. С. 445-446.

ченным договором. Это именно то, что происходит в приведенном автором (Н Д. Егоровым) примере со стоящей одиноко автомашиной такси. Но го-оаздо большее значение имеют случаи множественности адресатов публичной оферты, притом неопределенной множественности. Об этом свидетельствует другой пример: покупка лицом товаров в магазине не прекращает действия публичной оферты. Она сохраняет свою силу в полном объеме, кроме, разумеется, случаев, когда приобретен «последний товар»'. И если в отношении магазина могут быть использованы еще и правила о публичном договоре, включенные теперь в ГК (имеется в виду п. 3 ст. 426 ГК), то возможны ситуации, когда правила о таком договоре не действуют, а вое же предложение с неоднократным действием, «брошенное в толпу», признается публичной офертой. В подтверждение можно сослаться на пример из практики Верховного Суда Башкирии, относящийся к 70-м гг. В то время действовал порядок, при котором жилищно-строительные кооперативы в различных городах страны должны были выделять какое-то количество квартир для жителей Крайнего Севера. И вот в газете «Магаданская правда» появилось извещение жилищно-строительного кооператива, создаваемого в г. Уфе. В нем были указаны все необходимые данные, относящиеся к строящимся квартирам (их размер, количество этажей в доме, стоимость каждой квартиры). Завершалось извещение приглашением переводить соответствующие суммы до точно обозначенной даты на указанный счет в банке. Когда же число отозвавшихся значительно превысило ожидаемое и по этой причине части граждан переведенные ими суммы пришлось за их же счет возвратить, они возбудили спор о признании договоров заключенными и возмещении причиненных убытков. Верховный Суд Башкирии признал соответствующие извещения офертой, а договоры, о которых шла речь, заключенными.

Правила о публичной оферте введены в интересах участников гражданского оборота. Поэтому сужение указанного понятия практически приводит к ограничению предоставляемых соответствующими нормами гарантий для «отозвавшихся», в числе которых основную массу составляют потребители, т.е. заведомо более слабая сторона.

Заслуживает внимания в этой связи то, что, когда много лет назад в России появились первые автоматы, выбрасывающие в обмен на деньги конфеты и другие подобного рода товары, Г.Ф.

Шершеневич, не испытывая колебаний, безоговорочно признавал выставление автомата офертой2. Есть все основания занять аналогичную позицию и теперь. Это прямо преду-

Это весьма удачно проиллюстрировал О.С. Иоффе, выделив случай с «последним такси» и с «последним товаром в магазине» (Иоффе О. С. Обязательственное право. С. 50-51).

См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2.

смотрено п. 2 ст. 498 ГК: договор розничной купли-продажи с использованием автоматов считается заключенным с момента завершения покупателем действий, необходимых для получения товара.

Последствием оферты служит связанность оферента. Это означает, что, если конкретный адресат оферты отзовется и в той или иной форме выразит согласие заключить договор на указанных в оферте условиях, договор будет признан заключенным. Соответственно оферент, направивший предложение, в течение срока, установленного для акцепта, не может его отозвать. Более конкретные последствия зависят от вида оферты: сделана аи она с указанием или без указания срока. В первом случае оферта связывает оферента с адресатом на протяжении всего этого времени и отозвать ее в виде общего правила он не вправе. Поэтому, если в течение указанного срока оферент заключит, не дожидаясь отказа адресата оферты, договор с кем-либо иным, это не лишает первоначального адресата права выразить свое согласие и затем требовать от оферента исполнения договора (при невозможности исполнить – возмещения причиненных нарушением договора убытков). При этом ст. 436 ГК устанавливает специальное последствие в виде связанности оферента как для оферты, которая содержит срок, так и для такой, которая срока не содержит, но о ее безотзывности можно сделать вывод из существа предложения (например, если оферта включает указание «всегда в продаже») или из обстановки, в которой она была сделана (например, при посылке каталога, содержащего описание товаров с указанием существенных условий будущей сделки).

Позиция ГК совпадает с позицией, занимаемой Венской конвенцией о договорах международной купли-продажи товаров, которая (ст. 16) признает способной породить связанность наряду с офертой, содержащей срок ее действия, и такую оферту, в которой хотя и отсутствует срок. но содержится прямое указание на соответствующее намерение оферента (быть связанным) или иным образом дано понять о безотзывности оферты. В этих двух последних- случаях речь должна пойти, очевидно, о применении правил о разумном сроке.

Связанность оферента начинается не с момента направления оферты, а только с того времени, когда адресат ее получит (п. 2 ст. 435 ГК). Следовательно, до этого момента оферент вправе от нее отказаться. Он может поступить таким образом и в момент, когда отказ получен адресатом вместе с самой офертой. Кроме того, оференту предоставлено право отказаться от оферты даже и после получения ее адресатом, но лишь в случаях, когда это вытекает из существа предложения либо из обстановки, в которой оферта сделана,

Не только связанность, но и самый срок, предоставленный оферентом адресату, начинают течь с момента ее получения последним. А значит, все

тго время, которое прошло от выражения предложения до его получения, в расчет не принимается.

Таким образом, ГК, как и его предшественники, из двух возможных конструкций, существующих в юридической практике, – «получения» (получение извещения) и «отсылки» (отправки извещения) – выбрали первую*.

Следовательно, ответственность за все, что произошло с момента выражения воли и до восприятия извещения адресатом, несет тот, от кого оно исходит. Имеются в виду утрата почтового отправления, задержка его действия, выдача соответствующей корреспонденции ненадлежащему лицу, искажения текста извещения и т.п. Все неблагоприятные последствия этих случаев падают на отправителя извещения, а не на его получателя.

И.Б. Новицкий, придерживаясь теории получения, особо подчеркивал, что «получение» не равнозначно «восприятию чужой воли». В этой же связи он специально выделил случаи, когда оферент «или умышленно помешает получению ответа на предложение, или не получит его по небрежности»2, перенося тем самым негативные последствия подобных ситуаций на адресата оферты.

В литературе в свое время была высказана Н.Г. Александровым3 точка зрения, в силу которой оферта и акцепт представляют собой односторонние сделки. Решительным ее противником выступал Ф.И. Гавзе4. Он обращал внимание на то, что «эти действия – предложение (оферта) и принятие предложения (акцепт) – являются лишь составными частями двусторонней сделки – договора. Волеизъявление одного из лиц, изъявивших свою волю (оферента), направлено на получение ответного волеизъявления другого лица (акцептанта), в результате чего возникает общий волевой акт, договор, приводящий к достижению встречных результатов, желательных для них»5.

Следует признать, что последняя точка зрения пользуется всеобщим признанием среди цивилистов. В подтверждение можно привести взгляды по этому же поводу О.А. Красавчикова, который полагал, что «договор является не суммой двух односторонних сделок, а тем конечным результатом, в котором воля сторон находит свое общее выражение, то есть единым, с юридической точки зрения, «волевым актом».

Пожалуй, только ГК 22 допускал возможность отклонения от соответствующей конструкции. Имеется в виду, что ст. 34 признавала договор между отсутствующи-" ми заключенным с момента получения ответа акцептанта лишь постольку, «поскольку иное не вытекает из смысла предложения». ^ См.: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 162.

См.: Александров Н.Г. Право и законность в период развитого строительства коммунизма. М.: Госюриздат, 1961. С. 157-158.

См.: Гавзе Ф.И. Указ. соч. С. 86. -

Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 162-163.

Указанная идея теперь более явно выражена в новом Кодексе. В отличие от ГК 64 новый Гражданский кодекс впервые дал определение оферты, последовательно выразив в нем цель, которую ставит перед собой тот, кто с нею выступает. Офертой признается, подчеркнуто в п. 1 ст. 435 ГК, намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Цель оферты состоит, таким образом, не в том, чтобы заключить договор, а в том, чтобы поставить товары, выполнить работы или оказать услуги либо заказать все это. Следовательно, содержание оферты и акцепта совпадает не только одно с другим, но и с содержанием договора.

Поскольку соглашение – это сделка, очевидно, составляющие ее волеизъявления сторон должны подчиняться общим правилам о сделках. Особенность действия соответствующих статей главы

«Сделки» состоит в том, что если речь идет о требовании к форме и содержанию сделки, то оно адресовано самому соглашению, а в случаях, когда имеются в виду требования к воле и волеизъявлению, они должны иметь своим предметом волю и волеизъявление каждой из сторон.

Акцепт в такой же мере выражает волю лица, как и предложение. Требования к акцепту вытекают из его особенностей как рефлекторного волеизъявления. Стандартная ситуация состоит в том, что акцепт приобретает юридическую силу, если он полный, т.е. выражает одобрение всему, что указано в оферте, и безоговорочный, т.е. не содержит никаких дополни^ тельных условий.

Ответ на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом. Это лишь встречная оферта (ст. 443 ГК). Однако действия акцептанта могут рассматриваться как встречная оферта лишь при условии, что они обладают указанными признаками оферты. Поскольку такого рода встречная оферта направляется первоначальному оференту, т.е. конкретному лицу, необходимо сохранить в такой встречной оферте все существенные условия договора. Следовательно, ответ на оферту, в котором исключено из нее хотя бы одно из существенных условий, не может рассматриваться как встречная оферта. Такой ответ представляет собой отказ от заключения предложенного оферентом договора и приглашение к заключению другого договора.

По своей юридической конструкции акцепт и оферта в определенной части совпадают. В этой связи некоторые из положений, которые относятся к оферте, распространяются и на акцепт. Имеется в виду, что акцептант может отозвать сделанный акцепт до момента получения оферентом извещения об отказе акцептанта от заключения договора либо одновременно с таким извещением. Соответственно отказ от акцепта не считается сделанным и тогда, когда моменты получения оферентом самого акцепта и извещения об его отказе совпадают.

Особому урегулированию подвергнуто молчание. По самому своему характеру оно может быть только акцептом. При этом существует единая для всего гражданского права презумпция того, что молчание вообще не является юридическим фактом. Такая презумпция включена в общую норму, посвященную значению молчания. Имеется в виду ст. 158 ГК о форме сделок. Указанная статья, как и ст. 438 ГК, предусматривает те исключительные случаи, когда молчание приобретает правообразующее (правоиз-меняющее или правопрекращающее) значение. Из п. 3 ст. 158 ГК следует, что молчание может быть признано выражением воли совершить сделку только в случаях, когда это предусмотрено законом или соглашением сторон, в то время как по п. 2 ст. 438 ГК, являющемуся специальной и тем самым приоритетной нормой, молчание приобретает силу, если это предусмотрено либо законом, либо обычаем делового оборота, либо вытекает из прежних деловых отношений сторон. При этом п. 2 ст. 438 ГК имеет в виду, что в указанных трех случаях речь идет только об акцепте. Тем самым снимается вопрос о возможности использовать молчание в качестве оферты.

ГК придает молчанию разный смысл, имея в виду, что в одних случаях оно означает «да», а в других – «нет».

Конструкция «молчание – да» применяется наиболее широко. Так, молчание арендатора и арендодателя в течение определенного срока рассматривается как согласие на продление арендного договора (п. 3 ст. 610 ГК); неполучение в разумный срок ответа на извещение комиссионером комитента о необходимости отступить от его указаний означает согласие на такое отступление (п. 1 ст. 995 ГК); отчет агента считается принятым, если в течение тридцати дней принципал не пришлет возражений (п. 3 ст. 1008 ГК); комитент признается согласившимся на покупку комиссионером имущества по цене выше ранее согласованной между комиссионером и комитентом, если не пришлет

возражений в разумный срок (п. 3 ст. 995 ГК) и др.

Молчание следует отличать от бездействия. Последнее может рассматриваться исключительно как отсутствие воли адресата. Из этого следует, что в отличие от «молчания» «бездействие» должно во всех случаях означать «нет» при условии, если соответствующие последствия должны вызвать именно «да».

По модели «молчание – нет» построен п. 1 ст. 556 ГК: уклонение стороны от подписания документа о передаче проданной недвижимости независимо от того, исходило ли оно от продавца или покупателя, рассматривается как их отказ от принятия оферты и соответственно от принятия имущества.

Еще одним способом заключения договора служат конклюдентные Действия. Общее правило на этот счет применительно к сделкам содержит-

ся в п. 2 ст. 158 ГК, который допускает признание устной сделки совершенной в случае, когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку. Обычно на этот счет в законе (ГК) содержатся специальные указания, какие именно действия могут совершаться и какие последствия они должны повлечь. Так, например, вещи, помещенные в гостиничный номер или в иное предназначенное место, а равно вверенные работникам гостиницы, признаются переданными на хранение гостинице (п. 1 ст. 925 ГК), а принятие страхователем от страховщика страхового полиса, свидетельства, сертификатов, квитанции означает согласие заключить договор страхования (п. 2 ст. 940 ГК). Неявка покупателя или несовершение иных необходимых действий рассматриваются как отказ от исполнения договора розничной купли-продажи, заключенного с условием о его принятии покупателем в определенный срок (ст. 496 ГК).

Конклюдентным действиям придается правообразующее значение и при заключении договора. Специальные указания на этот счет содержатся в п. 3 ст. 434 и п. 3 ст. 438 ГК, которые посвящены акцепту в форме конклю-дентных действий.

Во-первых, акцепт должен принимать форму совершения действий по выполнению указанных в оферте условий договора. Соответствующие положения ГК нуждаются в некотором уточнении, поскольку, строго говоря, договор к моменту совершения действия акцептантом только будет подобным образом заключен; самого договора пока еще нет. В качестве примера ГК приводит отгрузку товара, предоставление услуг, выполнение работ, уплату соответствующей суммы. Первая по счету ситуация имеет место в случае, когда в роли оферента выступает покупатель, вторая – предполагает, что оферентом является заказчик услуг, при третьей – в этой роли выступает заказчик работ, а четвертая – возможна при любом возмездном договоре, который связан с оплатой предложенных оферентом товаров, работ или услуг.

Во-вторых, необходимо, чтобы оферта удовлетворяла определенным требованиям. Одно из них непосредственно вытекает из п. 3 ст. 438 ГК: в оферте должно содержаться условие о сроке акцепта.

В-третьих, предусмотренная в п, 3 ст. 43 8 ГК ситуация исключает в некоторых случаях возможность признать исполнение обязанности акцептантом заключением договора, если есть специальное указание на этот счет в оферте, в законе или ином правовом акте.

В-четвертых, п. 3 ст. 434 ГК признает применительно к рассматриваемой ситуации требование закона об обязательной письменной форме соблюденным лишь в случае, если оферта была письменной. Из этого следует, что все же при условии, если необходимости в письменной форме договора нет,

способом, предусмотренным в п. 3 ст. 438 ГК,;.возможно заклю

чить договор и в ответ на устную оферту (например, переданную по телефону).

В связи с применением соответствующей нормы (п. 3 ст. 438 ГК) возник вопрос о том, должен ли акцепт в рассматриваемом случае представлять собой исполнение акцептантом всей своей обязанности или достаточно выполнить ее часть. Ответ на указанный вопрос был дан в Постановлен нии Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от I июля 1996 г. № 6/8: «Для признания соответствующих действий адресата оферты акцептом Кодекс не требует выполнения условий оферты в полном объеме. В этих целях для квалификации указанных действий в качестве акцепта достаточно, чтобы лицо, получившее оферту (в том числе проект договора), приступило к ее исполнению на условиях, указанных в оферте, и в установленный для ее акцепта срок»'. Думается, что соответствующее разъяснение позволяет различить две ситуации. Первая – совершение исполнения, которое само по себе является достаточным для признания наличия акцепта. Вторая – адресат оферты только приступил к исполнению. Последний случай не вполне соответствует п. 3 ст. 438 ГК, и по этой причине, очевидно, требуется непременное направление соответствующего извещения оференту, поскольку в противном случае последний не будет знать отношения адресата к оферте. Поэтому в случае спора ссылки адресата оферты в подтверждение возникновения договора только на то обстоятельство, что он приступил к исполнению (поставщик начал изготовление заказанного товара, подрядчик завез механизмы на стройплощадку и т.п.), недостаточно для признания договора заключенным.

Применение п. 3 ст. 438 ГК ставит перед сторонами, другими участниками гражданского оборота, а также перед судом вопрос о моменте, при котором в подобной ситуации договор должен считаться заключенным. На наш взгляд, есть основания и в данном случае исходить из общего принципа определения момента заключения договора. Следовательно, договор считается заключенным в момент, когда оферент узнал о совершении ответчиком соответствующих действий. Приведенное положение означает, что в пределах указанного в оферте срока должно последовать либо само исполнение, либо получение оферентом извещения на этот счет. Иное решение поставило бы в затруднительное положение оферента, так как означало бы удлинение действия связанности за пределы срока, указанного в оферте.

В арбитражной практике возник вопрос о возможности заключения Договора с помощью конклюдентных действий обеих сторон. В частности, можно сослаться на одно из опубликованных судебных дел. Суть его сводилась к следующему: комбинат стройматериалов отгрузил заводу краску,

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №• 9- С, 19.

а тот, получив ее, отказался от оплаты. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отклонил иск. При этом он отверг утверждение истца о том, что ответчик не выполнил полностью своего обязательства по заключенному с ним устно договору. В решении было подчеркнуто, что договор между сторонами вообще не существовал: отгрузка краски одной стороной и выдача груза второй не могут создать договор, поскольку в таком случае не было соблюдено основное требование договора: о необходимости согласования существенных условий договора'.

Думается, что такая позиция судебных органов является верной. При этом следует иметь в виду два обстоятельства, из которых одно связано с формой, а другое – с содержанием договора, Пункт 3 ст. 158 ГК без каких-либо оговорок признает сделку заключенной в том случае, когда из поведения лица

явствует его воля совершить сделку. При этом, однако, сохраняется требование о форме сделки: конклюдентное действие приобретает юридическую силу только для сделок, которые могут быть заключены устно. Значение включения в ГК п. 3 ст. 438 вместе с п. 3 ст. 434 состоит главным образом в том, что в исключение из правил о форме договора письменная форма считается соблюденной только при условии, если конклюдентное действие последует в ответ на письменную оферту. Значит, взаимные конклюдентные действия невозможны при условии, если дня договора установлена обязательная письменная форма.

Вывод о возможности заключения договора двусторонними конклю-дентными действиями основан на признании их способом выражения воли лица. По этой причине, когда конклюдентные действия с обеих сторон позволяют сделать вывод о совпадении воли сторон, этого достаточно для признания договора заключенным. Но для этого необходимо учесть второе обстоятельство: ст. 431 ГК не делает никаких изъятий из правила о необходимости согласования существенных условий. Значит, конклюдентные действия той из сторон, которая может считаться оферентом, должны включать существенные условия договора, а также действия второй стороны – подтверждать согласие с указом или условиями. Эти требования относятся к продаже товаров с использованием автоматов, при этом обычные существенные условия здесь дополнены перечнем, содержащимся в п. 1 ст. 498 ГК. Что же касается публичной оферты, то, на наш взгляд, п. 2 ст. 494 ГК нуждается в уточнении, поскольку не может считаться офертой предложение, в котором отсутствуют существенные условия. Иное противоречит природе существенных условий и оферты, определенной соответственно в п. 1 ст. 432 и п. 1 ст. 435 ГК2.

' См.; Закон. 1997. № 1.С. 110.

2 Аналогичную позицию занимают Принципы международных коммерческих договоров (ст. 2.1), которые признают договор заключенным, в частности, в результате

В одном из рассмотренных Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ споров возник вопрос о том, можно ли считать договор между сторонами заключенным. В постановлении отмечалось: поскольку товар был поставлен и принят без претензий второй стороной, из этого следует: «Поведение сторон свидетельствует о том, что они намеревались заключить договор и фактически это намерение выполнили»'. Такое решение Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ мог вынести только потому, что стороны заключили письменный договор и конклюдентные действия осуществлялись во исполнение этого договора.

В зависимости от наличия или отсутствия срока в оферте договор признается заключенным либо при получении оферентом акцепта в пределах указанного в оферте срока (ст. 440 ГК), либо (ст. 441 ГК) при получении оферентом акцепта до срока, указанного в законе или ином правовом акте, а при отсутствии срока в оферте, законе или ином правовом акте – в течение нормально необходимого для этого времени.

Особо выделена ситуация, когда оферта сделана и устно и без срока: в таком случае для заключения договора необходимо, чтобы другая сторона немедленно заявила об акцепте.

Подробно урегулирован в ст. 442 ГК вопрос о последствиях получения акцепта с опозданием. Указанная статья состоит из двух частей. В первой из них предусмотрено, что в случаях, когда своевременно направленное извещение об акцепте получено с опозданием, акцепт не считается запоздавшим, если сторона, направившая оферту, немедленно уведомит другую сторону о том, что

направленный акцепт поступил с опозданием. Вторая часть той же статьи дополняет приведенную норму: в случае, когда оферент немедленно направит извещение акцептанту о принятии такого запоздавшего акцепта, договор считается заключенным. Постановлением Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г.2 № 6/8 выделена ситуация, при которой в оферте указан помимо срока для акцепта также и особый срок для ее рассмотрения. Этому сроку придается специальное значение: имеется в виду, что. если извеще-1

поведения сторон, достаточно свидетельствующего о соглашении. В Комментарии приводится пример, когда «А и Б вступили в переговоры, имея в виду создание совместного предприятия для разработки новой продукции. После продолжительных переговоров в отсутствие каких-либо формальных оферты и акцепта и при незначительных подлежащих согласованию пунктов, обе стороны приступили к исполнению» (С. 31).

В данном конкретном случае в нашей стране суд не признал бы договор заключенным, но уже по иным причинам: российское право не знает деления существенных условий на «значительные» и «незначительные» (см. п, 2 гл. IV). д Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 1.С. 54-55. См.: Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. 1996, № 9. С. 19.

ние об акцепте направлено в пределах такого срока, хотя и с пропуском срока для акцепта, оференту предоставляется право все же и в этом случае направить немедленно отказ от заключения договора.

Различие между ст. 442 ГК и посвященной тому же вопросу ст. 164 ГК 64 состоит в том, что последняя рассматривала ответ о принятии оферты, полученный с опозданием, как новую оферту. Таким образом, извещение оферента о том, что, несмотря на получение акцепта с опозданием, он считает заключенным договор, должно было быть расценено как принятие оферты, т.е. как акцепт. Поскольку без принятия оферты договор не может считаться заключенным, отсутствие какого бы то ни было уведомления оферента означало, что договор не заключен.

Из приведенного текста ст. 442 ГК вытекает, что она имеет в виду две ситуации, различающиеся содержанием посланного оферентом извещения. Оференту либо подтверждают, что договор заключен, либо сообщают, что его оферта не принята. Остается открытым вопрос о третьем варианте:

оферент при поступлении акцепта с опозданием вообще не посылал никакого извещения акцептанту. В подобных случаях следует учитывать характер ст. 442 ГК, которая представляет собой исключение из ст. 440 ГК. Имеется в виду, что содержащаяся в этой последней статье общая норма считает договор заключенным при условии, что акцепт получен (именно получен, но не отправлен) в установленный срок. С учетом неоднократно уже приведенного в книге положения о недопустимости распространительного толкования исключительных норм следует прийти к выводу, что расхождение между статьями обоих кодексов носит чисто формальный характер. Речь идет о том, что молчание оферента, получившего акцепт с опозданием, как и с позиций ГК 64, означает отклонение акцепта. В пользу такого вывода может быть приведен ряд аргументов. Один из них, в частности, состоит в том, что любое молчание, как уже отмечалось, приобретает юридическую силу, т.е. рассматривается как «да» или «нет», только в случае, когда в законе имеются прямые указания на этот счет. В данном случае такие указания отсутствуют. Значит, молчание не может играть правообра-зующей роли и по отношению к запоздавшему акцепту означать согласие.

Другой аргумент связан с тем, что в случае, если бы законодатель действительно хотел считать

молчание оферента достаточным для заключения договора, не было бы оснований включать в ГК требование о немедленном подтверждении запоздавшего акцепта.

Значение запоздавшего акцепта состоит только в том, что он предоставляет оференту право немедленно выразить согласие с акцептом. При этом нет никакой разницы между запоздавшим акцептом и действиями адресата оферты, который направил акцепт на иных условиях, чем те, которые в ней содержались. По этой причине приходится сожалеть, что ГК не

воспроизвел в полном объеме ст. 164 ГК 64, благодаря чему были бы сняты какие бы то ни было сомнения относительно оценки запоздавшего акцепта.

6. ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРОВ

Специальная статья Гражданского кодекса (445) посвящена одному из вариантов формирования договоров. Уже из ее названия («Заключение договора в обязательном порядке») видно, что она представляет собой исключение из общих правил, которые закрепляют автономию воли сторон при заключении договоров.

Как уже неоднократно отмечалось, в нашей стране в течение длительного времени ситуация в гражданском обороте была прямо противоположной той, которая закреплена в новом Кодексе: общим правилом служило обязательное заключение договоров, а то, что укладывалось в рамки свободы договоров, составляло лишь исключение. Имеется в виду, что действительно свободным можно было считать лишь заключение договоров во взаимоотношениях с участием граждан. Во всех других свободное заключение договоров было возможным главным образом только в крайне редких случаях, когда предметом договора служили товары, работы и услуги, изъятые из планового распределения и по этой причине реализуемые по усмотрению соответственно изготовителя товаров (снабженческо-бытовой организации), предприятия, выполняющего работы или оказывающего услуги, и др.

Статья 445 ГК относится к числу тех, которые, не определяя сферы своего действия, ограничились ссылкой к соответствующим, изданным на этот счет нормам. Придавая особое значение самому принципу договорной свободы, составляющему основу современного договорного права в стране, указанная статья предусмотрела: обязательное заключение договора возможно лишь при условии, если соответствующая норма принята на уровне Кодекса или иного закона (в силу ст. 5 Вводного закона сохраняют свое действие в указанных ею случаях принятые на этот счет до вступления в силу ГК указы Президента РФ, а также постановления Правительства РФ).

Вопрос о соотношении правила и исключения был предметом судебного разбирательства. Так, в одном из рассмотренных арбитражными судами дел речь шла о возложении на акционерное общество обязанности заключить договор на эксплуатацию подъездного пути, примыкающего к станции. Ответчик, отказавшись от заключения договора, в суде ссылался на принцип «свободы договоров». Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ с этим не согласился. Он обратил внимание на то, что в соответствии с Уставом железных дорог СССР взаимоотношения между железной дорогой и предприятиями, учреждениями, организациями, имеющими железнодорожные подъездные пути, регулируются договором на эксплуа-

тацию подъездного пути. При этом Правила эксплуатации железнодорожных подъездных путей возлагают на железную дорогу обязанность разработать проект договора, а на ветвевладельцев – его заключить. Со ссылкой на ст. 87 Устава железных дорог и ст. 421 ГК была подчеркнута

необоснованность уклонения ответчика от заключения договора'.

Вместе с тем нормы, предусматривающие обязательное заключение договоров, не могут толковаться распространительно. По этой причине, например, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал, что сама по себе поставка товаров для государственных нужд не является достаточным основанием для понуждения стороны к заключению договора. В данном случае отсутствовал доведенный до поставщика заказ2.

Исключения из правил о договорной свободе, допускающие возможность требовать заключения договора в обязательном порядке, в самом ГК связаны главным образом со специальными конструкциями предварительных и публичных договоров. Одно из различий между этими двумя конструкциями состоит в том, что в первом случае использовать право требовать понуждения к заключению договора в принципе может любая из сторон, а во втором – лишь одна из них – контрагент коммерческой организации, который удовлетворяет предусмотренным в ст. 426 ГК признакам, Соответственно прямые отсылки к ст. 445 ГК содержатся в ст. 426 ГК («Публичный договор») и ст. 429 ГК («Предварительный договор»).

Таким образом, всякий раз, когда ГК именует определенные типы (виды) договоров публичными, это означает, что на них распространяется режим. установленный в ст. 445 ГК.

Особый случай предусмотрен в п. 2 ст. 846 ГК, посвященном договору банковского счета. Хотя такой договор и не относится к числу публичных, в указанных этой статьей случаях клиент в порядке, предусмотренном для публичных договоров ст. 445 ГК, вправе требовать заключения договора, если банк (иное кредитное учреждение, имеющее соответствующую лицензию) необоснованно уклонился от этого. Что же касается предварительных договоров, то здесь решающее значение имеет соответствие особенностей конкретного договора признакам, указанным в п. 1 ст. 429 ГК.

Принципиальное отличие современных экономических отношений проявляется не только в сокращении случаев обязательного заключения договоров, но и в том, что акты, предусматривающие такую обязательность, адресованы лицам, которые реализуют товары, выполняют работы или оказывают услуги, оставляя возможность тем, кто обращается за товарами, работами или услугами, вступать в договорные отношения по собст-

'См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996 №9 С. 65-66.

3 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997, № 6. С. 54.

венной воле. Обязательство этих последних возникает лишь в случаях, когда они сами принимают его на себя, в частности заключив предварительный договор.

Другая столь же принципиальная особенность соответствующей ситуации выражается в том, что по общему правилу речь идет об абстрактной обязанности заключить договор, установленной в нормативном порядке., Непременный элемент системы планового распределения – административный акт с его условиями, которые предусматривали, кто, с кем и о чем должны заключать договоры, ушел в прошлое'. Имеется в виду, что условия договора теперь определяются сторонами самостоятельно в пределах более или менее широких рамок, установленных законом.

Остатки планового распределения в сильно измененном виде сохранились в новейших актах лишь в крайне узкой области. Одно из таких исключений составляют поставки газа. Правила поставки газа устанавливают порядок, при котором Российское акционерное общество «Газпром», исходя из

возможностей добычи газа и заявок потребителей, составляет баланс газа по России на предстоящий год. Он утверждается Министерством топлива и энергетики Российской Федерации по согласованию с Министерством экономики Российской Федерации. Затем «Газпром» определяет совместно с акционерным обществом «Росгазификация» годовые объемы газа, которые могут быть поставлены потребителям по своим регионам газонефтедобывающими, газонефтеперерабатывающими организациями и газотранспортными системами, и доводит их до сведения поставщиков и газораспределительных организаций. Определенный таким образом объем газа должен служить основанием для заключения договоров поставки.

Исключения из принципа договорной свободы, о которых идет речь, выражаются обычно в том, что ГК или иной закон включает общую норму, которая сама же предоставляет соответствующей стороне в договоре право требовать его заключения. Вместе с тем имеют место и такие случаи, когда в нормативном порядке допускается лишь возможность введения порядка обязательного заключения договоров. В частности, имеется в виду п. 7 ст. 3

' Определенными особенностями отличаются отношения, складывающиеся в области транспорта. Имеется в виду, в частности, что из так называемых планов перевозки возникают снабженные определенной санкцией ~ штрафом (Постановлением Правительства Российской Федерации от 8 апреля 1995 г. был в очередной раз увеличен размер штрафа – СЗ Российской Федерации. 1983. № 19. Ст. 1762) – обязанности сторон соответственно предоставить транспортные средства в указанные планом объеме и сроки, а отправителя ~ их загрузить. Смысл этих обязанностей ЗДстоит в необходимости в соответствии с планом заключать между собой договор "еревозки. Однако следует иметь в виду, что основанием для составления указанного плана служат заявки грузоотправителя – стороны будущего договора перевозки.

Закона от 13 декабря 1994г. «О поставках продукции для федеральных государственных нужд»'. Им предусмотрено право Правительства РФ в необходимых случаях вводить режим обязательного заключения государственных контрактов на поставку продукции для федеральных государственных нужд, распространив этот режим на федеральные казенные предприятия.

В условиях планового хозяйства обязательство заключить договор нередко возникало в силу такого юридического факта, как существование между соответствующими сторонами сложившихся (длительных) хозяйственных связей. Теперь такое основание сохранилось лишь в отдельных областях экономики. Имеется, в частности, в виду постановление Верховного Совета РФ от 4 октября 1992 г. «О мерах по обеспечению поставок продукции (товаров) в районы Крайнего Севера и приравненные к ним местности»2. Указанный акт считает достаточным основанием для заявления соответствующих требований к поставщикам длительность существования между ними хозяйственных связей. При этом арбитражная практика всегда признавала, что требовать заключения с ними договоров могут также и те организации, которые сами не производят товаров для указанного района, но занимаются перепродажей товаров с последующей переотправкой покупателям, расположенным в таких районах3.

В соответствии с п. 4.5 утвержденных Указом Президента РФ от 22 июля 1994г. Основных положений Государственной программы приватизации государственных и муниципальных предприятий в РФ после 1 июля 1994 г. арендаторам зданий, сооружений, строений, помещений, в том числе встроенно-пристроенных нежилых помещений в жилых домах, а также земельных участков под приватизированными предприятиями, которые находятся в аренде или фактическом владении,

пользовании этих предприятий, предоставляется право требовать заключения с ними договоров купли-продажи соответствующих объектов.

Закон от 23 ноября 1994 г. «О государственном материальном резерве»4 предусмотрел, что поставщики, которые занимают доминирующее положение на товарном рынке, а также предприятия-монополисты и предприятия, в объеме производства которых государственный оборонный заказ превышает 70 процентов, не вправе отказаться от заключения контрактов (договоров) на поставку материальных ценностей в государственный

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994.,№ 34. Ст. 3540.

2 См.: Ведомости Российской Федерации. 1992. № 16. Ст. 843.

3 См.: Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 января 1993 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1994. № 8. С- 100.

4 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 1.. Ст. 3.

резерв. И если такие поставщики все же отказываются от заключения контрактов (договоров) на поставку материальных ценностей в государственный резерв или от них не будет в течение 20 дней получен ответ на предложение заключить договор (контракт), государственный заказчик (его территориальные органы) может обратиться в арбитражный суд с иском о понуждении заключить контракт (договор).

Обязательное заключение договора составляет часть общего режима, установленного антимонопольным законодательством. Так, в ст. 11 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», посвященной функциям Комитета, предусмотрена, в частности, его возможность в рамках своей основной деятельности давать хозяйствующим субъектам обязательное для исполнения предписание о заключений договора с другим хозяйствующим субъектом.

Закон от 19 июля 1995 г, «О естественных монополиях»' устанавливает общую норму, в соответствии с которой субъекты естественных монополий, т.е. юридические лица, занятые производством (реализацией) товаров в условиях естественной монополии, не вправе отказываться от заключения договора -с отдельными потребителями на производство (реализацию) товаров, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с указанным Законом, при наличии у субъекта естественной монополии возможности произвести (реализовать) такие товары. Следует полагать, что существует общая презумпция, в силу которой естественный монополист имеет такую возможность. Бремя доказывания иного лежит на нем2.

Специальные указания содержатся в ряде принятых на более низком уровне актов. Так, Постановлением Правительства РФ от 3 мая 1994 г. «О совершенствовании функционирования и развития системы организации воздушного движения в Российской Федерации»3 установлено, что предприятия, которые осуществляют аэронавигационное обслуживание, как занимающие доминирующее положения в этой области не вправе отказываться от заключения в установленном порядке государственных контрактов.

В отдельных случаях предусмотренная законом обязанность заключать договор определенным образом ограничивается, в том числе и путем использования условной формулы. Такого рода модель применяется, в частности, Законом «О поставках продукции для федеральных государственных

нужд» от 10 ноября 1994 г.4. Им признано, что поставщики, которые

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 34. Ст. 3426. См.: Комментарий к указанному закону // Законодательство и экономика. 1996,

№ 19-20. С. 14. См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 3^ Ст. 217.

4 См. там же. №34. Ст. 3540. -

обладают монополией на производство отдельных видов продукции, не вправе отказаться от заключения договора, если только размещение заказа не влечет за собой убытков от их производства. Указанная условность, естественно, распространяется и на субсидиарное обязательство – уплачивать санкции, установленные за нарушения отмеченной обязанности (имеется в виду штраф в размере стоимости продукции по проекту контракта). Аналогичная ситуация была предусмотрена п. 5.9 Указа Президента РФ от 24 декабря 1993 г. «О государственной программе приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации». Речь идет о физических и юридических лицах, которые стали собственниками приватизированных государственных и муниципальных предприятий на аукционе или конкурсе. Им предоставляется право заключать долгосрочные (на срок не менее 15 лет) договоры аренды занимаемых предприятиями нежилых помещений, зданий и строений, которые не вошли в состав приобретенного ими имущества, а равно приобретать в собственность такие помещения сразу же после вступления в силу договора купли-продажи предприятия. Соответственно арбитражные суды удовлетворяют иски о понуждении заключить соответствующие договоры, исходящие от приобретателей предприятия'.

Дифференциация режима обязательности заключения договора с учетом различных обстоятельств, а также введение условной обязанности и создание тем самым многослойного режима характерны для специального вида заказов. Так, в Законе от 24 ноября 1995 г. «О государственном оборонном заказе»2 предусмотрено, что в случае, если претенденты на участие в конкурсе на размещение оборонного заказа отсутствуют, а также в случае, если по результатам проведения указанного конкурса не определен головной исполнитель (исполнитель), оборонный заказ обязателен для принятия государственными унитарными предприятиями, а также иными организациями, занимающими доминирующее положение на товарном рынке или обладающими монополией на производство продукции (работ,, услуг) по оборонному заказу, при условии, что такой заказ обеспечивает установленный Правительством Российской Федерации уровень рентабельности производства этих видов продукции (работ, услуг).

По общему правилу оборонный заказ размещается на конкурсной основе. Особый режим действует применительно к работам по поддержанию

' См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по одному из дел, связанных с понуждением заключить договор покупки нежилого помещения при наличии обстоятельств, предусмотренных Указом Президента российской Федерации от 24 декабря 1993 г. (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 8. С. 52). 2 См.; Собрание законодательства Российской Федерации. 199б.№ 1. Ст. 6.

мобилизационных мощностей. В таком случае конкурс не проводится. В этом нет необходимости, поскольку заказ сам по себе обязателен, если размещение заказа не влечет за собой убытков от его выполнения.

Обязанность заключения договоров закреплена в самом Кодексе и за пределами публичных и предварительных договоров. Такие случаи, в частности предусмотрены применительно к поставочным и подрядным отношениям. Так, п. 1 ст. 527 ГК, посвященный государственному контракту на поставку товаров для государственных нужд, возлагает обязанность его заключения на государственного заказчика, разместившего заказы, принятые поставщиком (исполнителем). В силу ст. 765 ГК эта же норма действует и при выполнении подрядных работ для государственных нужд.

Кодекс иногда ограничивается указанием на то, что соответствующая обязанность – заключить договор по требованию другой стороны – действует лишь при наличии специального указания на этот счет в законе. Так, например, установив обязанность государственного заказчика заключить договор с поставщиком (исполнителем), п. 2 ст. 527 ГК предусмотрел возможность предусмотреть в законе случай, при котором заключение такого контракта обязательно и для поставщика (исполнителя). В самом Кодексе содержатся условия указанного обязательства, в частности то, что государственный заказчик должен будет возмещать поставщику все понесенные убытки, возникшие в связи с выполнением государственного контракта. Правило об обязанности заключить договор и праве на возмещение убытков установлено применительно к подрядчику – стороне в государственном контракте на выполнение подрядных работ. Указанная обязанность превращается в безусловную, если в роли поставщика (подрядчика) выступает казенное предприятие, режим выступления которого в обороте оказывается наиболее жестким.

Рассматриваемые ситуации не следует смешивать с теми, при которых обязанность заключить договор связывает участников оборота с государством-сувереном. В соответствующих случаях речь идет об обязательстве, лежащем за пределами гражданского права. Следовательно, его нарушение может влечь за собой лишь административную (финансовую) ответственность. То обстоятельство, что такого рода обязательства упомянуты именно в ГК, их природу не меняет. Соответственно на ситуации, при которых на П^ажданина или юридическое лицо возлагается обязанность страховать (в качестве страхователей) жизнь, здоровье или имущество других лиц либо Тажданскую ответственность перед иными лицами за свой счет или за счет заинтересованных лиц (имеется в виду обязательное страхование, о котором идет речь в ст. 637, п. 1 ст. 840, 935, 936 ГК), действие ст. 445 ГК не Распространяется, хотя бы потому, что государство (субъект Федерации, ^Ниципальное образование) стороной в договоре, заключенном во испол-

нение такой обязанности, не становится. Имеется в виду, что, например, оформление отношений со страховщиком договором, предусмотренным в ст. 936 ГК, осуществляется в обычном порядке, несмотря на то, что само страхование является для страховщика обязательным.

Дифференциация случаев обязательного заключения договоров по признаку их субъектного состава имеет значение не только тогда, когда такая обязанность возникает в силу закона, но и при добровольном принятии на себя соответствующей обязанности. А в последней ситуации (при заключении предварительного договора) речь идет об обязательности заключить договор принятым лицом по отношению к будущему контрагенту. Эту обязанность следует отличать от такой же обязанности заключить договор, которую принимает на себя потенциальный контрагент перед третьим лицом. Последний случай выделен в ст. 1009 ГК («Субагентский договор»). В п. 1 указанной статьи речь идет о возможности возложения на себя агентом обязательства перед принципиалом заключить субагентский договор, в том числе на предложенных последним условиях. Из такого договора права требовать заключения договора с субконтрагентом у другого лица не возникает даже

и в случае, когда он указан в агентском договоре.

Наконец, нельзя смешивать отношения, которые возникают из договора, обязательность заключения которого предусмотрена законом, с обязательствами недоговорными, связывающими между собой адресатов соответствующего административного (планового) акта. Примером могут служить обязательное государственное страхование, которое осуществляется непосредственно на основании законов и иных правовых актов (ст. 969 ГК'), или хранение по судебному секвестру, обязательном котором порождается непосредственно судебным решением (ст. 926 ГК).

В рамках общего вопроса о заключении договора в обязательном порядке в л. 1 ст. 445 ГК четко разграничиваются две ситуации в зависимости от того, кто именно выступает в роли оферента: тот ли, на ком лежит обязанность заключить договор, или его будущий контрагент.

В целях наглядности сущность этих ситуаций можно рассмотреть на примере энергоснабжающих организаций, для которых заключение договора с потребителем является обязательным.

При первой ситуации оферту (проект договора) разрабатывает тот, для кого заключение договора не является обязательным (в приведенном при-

' Специальными законами предусмотрено обязательное страхование, в частности, всех сотрудников государственных налоговых инспекций (см.: Ведомости РСФСР. 1991. № 15. Ст. 492), сотрудников, военнослужащих и работников государственной противопожарной службы (см.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 35. Ст. 3649), сотрудников таможенных органов (см.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 30. Ст. 3586).

мере – потребитель энергии). Разработанную им оферту потребитель направляет будущему контрагенту – энергоснабжающей организации. Последней предоставляется возможность в течение 30 дней, в зависимости от принятого ею решения, направить оференту извещение о безоговорочном акцепте, об отказе от акцепта, о согласии заключить договор, но на иных условиях. В последнем случае составляется протокол разногласий, представляющий собой документ, в котором фиксируются отличная от указанной в оферте позиция по отдельным условиям, а равно дополнительные условия, предложенные акцептантом. Если оферент получил извещение об акцепте вместе с протоколом разногласий, он может передать возникшие разногласия на рассмотрение суда. Ему на это предоставляется также 30 дней.

При второй ситуации оферта (проект договора) исходит от стороны, для которой заключение договора является обязательным (в рассматриваемом примере энергоснабжающая организация). Потребитель может, но не обязан направить извещение о принятии оферты также в пределах 30 дней. Здесь могут быть те же, что и при первой ситуации, варианты: оферта принята полностью либо имеет место полный или частичный отказ от акцепта. Если сторона, для которой заключение договора обязательно (энергоснабжающая организация), получит извещение, содержащее акцепт с протоколом разногласий, у нее возникает не право, как при первой ситуации, а обязанность в течение 30 дней известить другую сторону. Здесь уже возможны два варианта извещения: протокол разногласий в редакции другой стороны -потребителя либо принимается, либо отклоняется. Если будет получено извещение об отклонении протокола разногласий, акцептант (потребитель) вправе в течение 30 дней передать возникшие разногласия на рассмотрение суда. К согласию приравнивается неполучение в указанный срок извещения об отказе адресата оферты от акцепта.

Во всех указанных случаях 30-дневные сроки применяются только при условии, если иное не

установлено законом, другим правовым актом или же не согласовано самими сторонами.

Необходимость соблюдения установленного в ст. 445 ГК порядка подтверждается тем, что всякий раз, когда речь идет об обязанности заключить договор (см., в частности, п. 3 ст. 426 ГК, посвященный невозможности отказа от заключения публичного договора, п. 5 ст. 429 ГК, посвященный предварительному договору, и п. 2 ст. 846, посвященный отказу от заключения договора банковского счета), соответствующая статья содержит отсылку к порядку, установленному ст. 445.

На практике может возникнуть вопрос о последствиях пропуска 30-Дневных сроков, о которых шла речь выше. В подобных случаях сроки устанавливаются в интересах того лица, которое в течение соответствующего периода может совершить определенное действие. Таким образом, другая

сторона на протяжении того же периода оказывается связанной. Следовательно, пропуск срока влечет за собой в данном случае утрату соответствующей стороной указанных возможностей, а для контрагента – освобождение от обязанности. Однако, если контрагент готов пренебречь пропуском срока стороной, он должен это подтвердить. В качестве примера можно привести 30-дневный срок для передачи разногласий в суд. Если сторона пропустит его, суд сможет принять от нее соответствующее требование только в случае, когда контрагент выразит на то свое согласие. Вывод, сделанный применительно к выступлению с офертой стороны, для которой заключение договора не является обязательным, соответствует сложившейся арбитражной практике. Он, однако, несколько расходится с нею, когда речь идет о ситуации, возникающей для случаев, при которых с офертой выступает сторона, обязанная заключить договор по требованию контрагента. Судебная практика исходит из того, что согласие контрагента на рассмотрение дела при пропуске 30-дневного срока тогда оказывается необходимым лишь при условии, если расхождение касаются существенных условий'. Между тем, на наш взгляд, любое условие, включенное в оферту или в протокол разногласий, в силу ст. 432 ГК является существенным (см. об этом ст. 2 гл. 4).

Специального внимания заслуживает ст. 507 ГК, В ней впервые установлен особый вид обязательств, связанных с уклонением от согласования условий договора. Указанное обязательство действует применительно к поставке в любых случаях возникновения между сторонами разногласий при заключении договора.

Речь идет о том, что в силу ст. 507 ГК получение одной из сторон предложения ее потенциального контрагента о согласовании условий, по которым существуют разногласия, возлагает на сторону, получившую такое предложение, либо принять меры по согласованию условий, либо письменно заявить о своем отказе от заключения договора. Эти свои действия сторона должна осуществить в рамках определенного срока. Он составляет 30 дней. если иное не установлено законом или не согласовано сторонами. В случаях, когда указанное обязательство не будет выполнено, наступает определенная санкция. Она состоит в том, что уклонившаяся от посылки соответствующего ответа сторона обязана возместить другой убытки, вызванные ее уклонением от согласованных условий договора. Хотя мотивы законодателя в целом ясны, введение подобной конструкции вызывает все же некоторые сомнения. Они связаны прежде всего с тем, что таким образом вводится определенное ограничение свободы договоров. Соответствующая норма может поставить в особенно затруднительное по-

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 5. С. 114,

яожение участников оборота, вынужденных заключать по характеру своей деятельности многочисленные договоры. Весьма спорно приравнивание к деликту несвоевременного сообщения о своей реакции на полученное предложение снять расхождение, тем более что обязанность возмещения убытков связывается с самим фактом «несообщения» вне зависимости от его причин. Наконец, сомнительно и то, что из всех договоров почему-то это сделано только для поставки.

7. ТОРГИ

Торги представляют собой один из способов заключения договоров, который тесно связан с основными законами свободного рынка и выражает их наиболее последовательно. Это, в частности, проявляется в присущей торгам конкуренции. Такая конкуренция может охватывать самую широкую область. Например, при государственных поставках и подрядах происходит конкуренция между теми, кто адресует организатору торгов свои предложения по поставке товаров, выполнению работ или оказанию услуг. И все же такие же торги могут быть связаны с конкуренцией между теми, кто выступает с предложениями приобрести выставленное на продажу имущество (вещи или права).

Правовая конструкция торгов прямо противоречит плановому началу, которое в течение многих десятилетий составляло основу экономики страны. В отличие от централизованного распределения товаров, работ и услуг, когда обязательство заключить договор на строго определенных условиях возникало у конкретных лиц – адресатов планового акта, при торгах его участники становятся победителями, приобретая тем самым возможность. заключить договор в соответствии с исходящими от них самих предложениями.

Естественно, что до недавнего времени основная сфера регулирования торгов находилась за пределами гражданского права. Речь шла главным образом о процессуальных нормах, посвященных обращению взыскания на имущество должника. Правда, и в данной сфере существовали свои ограничения. Имеется в виду, что взыскание на основные, а практически и на оборотные средства государственных, кооперативных и общественных организаций вообще не могло производиться'. Что же касается граждан то, с точки зрения удовлетворения требования кредиторов, при обращении взыскания из всех видов принадлежащего им имущества значение мог иметь практически лишь один жилой дом. По этой причине ГПК РФ 1964 г. упо-

Из объектов обращения взыскания исключались, помимо всех основных, также и оборотные средства, необходимые для нормальной деятельности организации-Должника (ст. 411^12 ГПК РСФСР).

минает о торгах и регулирует их проведение только в связи с обращением взыскания на жилое строение, принадлежащее гражданину (ст. 399-405 ГПК). . ...

Первая регламентация торгов как особого способа заключения гражданско-правовых договоров была связана с началом перехода к рынку, а более конкретно – с проведением приватизации государственной собственности. Именно торги оказывались и оказываются основной формой приватизации. Так, в частности, ст. 15 Закона РСФСР «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в РСФСР»1 предусматривала, что приватизация осуществляется путем продажи предприятий по конкурсу или на аукционе посредством продажи долей (акций) в капитале предприятия, а также путем выкупа имущества предприятия, сданного в аренду.

Впоследствии был издан ряд актов, специально посвященных аукционам и конкурсам, организуемым при приватизации, Так, например, Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. «О государственной

программе приватизации государственного и муниципальных предприятий в РФ»2 была предусмотрена продажа путем организации различных видов аукционов и конкурсов предприятий, которые не являются акционерными обществами, пакетов акций, имущества (активов) действующих, ликвидируемых и ликвидированных предприятий, а также незавершенных строительством объектов, долей (пакетов, акций), находящихся в государственной или муниципальной собственности.

Новый закон «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» предусматривает случаи и порядок приватизации путем продажи государственного или муниципального имущества на коммерческом конкурсе с инвестиционными и/или социальными условиями (ст. 21) и на аукционе.

Закон «Об исполнительном производстве»3 предусматривает необходимость осуществления реализации недвижимости путем проведения торгов специализированной организацией (ст. 54 и 62).

ГК, отвечая потребностям складывающейся практики, включил в свой состав три относящиеся к торгам статьи: 447 («Заключение договора на торгах»), 448 («Организация и порядок проведения торгов») и 459 («Последствия нарушения правил проведения торгов»).

Указанные статьи восполняют определенный пробел и в процессуальном законодательстве, поскольку предусматривают (п. 6 ст. 447 ГК), что правила о торгах (имеются в виду ст. 448 и 449 ГК) применяются к публичным торгам, проводимым в порядке исполнения решения суда, если иное

' См.: Ведомости РСФСР. 1991. № 27, Ст. 927.

3 См.: Собрание актов Российской Федерации. 1994. № 1. Ст. 2.

3 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 30. Ст. 3591.

не предусмотрено процессуальным законодательством. Следует отметить, что и Законы «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» и «Об исполнительном производстве» содержат отсылки по вопросу организации торгов к Гражданскому кодексу, т.е. к указанным выше статьям.

В соответствующих статьях ГК проводится разграничение аукционов и конкурсов. В основу положен способ определения выигравшего (победителя): при аукционе им признается лицо, которое предложило наибольшую цену, а при конкурсе – тот, кто по заключению конкурсной комиссии, назначенной организатором конкурса, предложил лучшие условия. По другому признаку – кругу возможных участников – различаются торги открытые и закрытые: в первых может участвовать любое лицо, а во вторых – только тот, кто для этой цели специально приглашен.

Принцип свободы договоров в широком смысле влечет и возможность участников по собственной воле определять способы заключения договоров и, в частности, прибегать к торгам, выбирая ту или иную их форму. Однако право заключать договоры с помощью торгов в определенных случаях превращается в обязанность использовать именно такой способ, если на этот счет есть специальное указание в законе'. Необходимость в этом связана с тем, что торги, призванные обеспечить заключение договора на оптимальных условиях, и прежде всего в отношении цены, защищают тем самым интересы в первую очередь того, кто прибегнул к торгам. Однако в получении самой высокой цены могут быть заинтересованы при определенных условиях и третьи лица. Прежде всего это кредиторы должника. В роли такого третьего лица – кредитора или иного заинтересованного лица - может выступать также государство. Тем самым наряду с частным возможен и публичный интерес к

торгам.

С потребностью в проведении обязательных торгов столкнулось уже римское право. Относящиеся к этому правила были приняты применительно к сдаче в аренду городских земель, когда соответствующая норма носила публичный характер, а также в некоторых иных случаях, обеспечи-

Помимо законов «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в Российской Федерации» и «Об исполнительном производстве» аналогичные нормы содержатся в Указе Президента Российской Федерации от 9 декабря 1996г. (см.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996, № 51. Ст. 5796), которым предусмотрена обязательная продажа по конкурсу в доверительное управление акций, закрепленных за федеральной собственностью, в Лесном кодексе – обязательный конкурс или аукцион при заключении договора концессии участков лесного фонда (при этом организатором конкурса является Правительство Российской Федерации по согласованию с орга-"ами государственной власти субъектов Российской Федерации) и др.

вающих частный интерес (например, при конкурсе, вызванном банкротством)'.

Необходимость во введении обязательных конкурсов под влиянием публичного начала возникла особенно остро при приватизации государственных и муниципальных предприятий. Изданные на этот счет акты не только предусматривали необходимость торгов, но в случаях, когда речь шла о конкурсах, сформулировали их условия.

Так, в соответствии с Государственной программой приватизации государственных и муниципальных предприятий в РФ, утвержденной Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г., при продаже всех объектов торговли, общественного питания, бытового обслуживания на коммерческом конкурсе такими условиями признавались сохранение профиля и запрещение перерывов в работе приватизированного объекта более двух месяцев после купли-продажи и (или) суммарно 3 месяца в течение календарного года.

При приватизации объектов научно-технической сферы условия конкурса, организованные для продажи предприятий и организаций, ведущих научно-исследовательские, опытно-конструкторские, проектно-конструк-торские и проектно-технологические работы, помимо цены, должно быть обеспечено сохранение обязательств по производству конкретных видов продукции (товаров), работ и услуг, профиля на определенный планом период приватизации, сложившегося числа рабочих мест для специалистов. выполняющих научные исследования и разработки, на срок один год, а также обязательств по объему инвестиций в течение определенного планом приватизации срока, в том числе первого года с момента продажи; при продаже тех же объектов по инвестиционному конкурсу обязательными условиями признаются сохранение профиля и объема производства товаров, работ или услуг и сложившегося числа рабочих мест для специалистов, выполняющих научные исследования и разработки, на срок один год, а также запрещение действий, изменяющих функциональное значение имущества соответствующих объектов2.

' См,: Барон Ю. Система римского гражданского права: Вып. третий. Кн. IV. Обязательственное право. СПб., 1910. С. 21.

2 См. пп. 4.2. и 4.3. Положения о приватизации объектов научно-технической сферы (см.: Собрание законодательства Российской Федерации, 1994. № 15. Ст. 1783). Перечень обязательных условий предусмотрен, например, в Положениях об организации конкурсов по передаче закрепленных за

федеральной собственностью акций в доверительное управление, а также по продаже экспортных и импортных квот, а также в п. 33 Положения об организации закупки товаров, работ и услуг для государственных нужд. утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 8 апреля 1997г. (см.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. №15. Ст.1756).

Закон «О приватизации государственного имущества и об основах организации муниципального имущества в Российской Федерации» отнес к числу показателей коммерческого конкурса с социальными условиями сохранение определенного числа рабочих мест или создание дополнительных рабочих мест, переподготовку или повышение квалификации работников, сохранение существующей системы охраны труда и здоровья работников и др., а конкурса с инвестиционными условиями – осуществление в отношении объекта приватизации мероприятий по его реконструкции, приобретению оборудования определенных видов, модернизации и расширению производства.

Специфический характер носят нормы, регулирующие порядок проведения конкурсов, связанных с заключением государственного контракта на поставку товаров для государственных нужд и такого же государственного контракта на выполнение подрядных работ для государственных нужд. И хотя ст. 527 (п. 4) и ст. 766 (п. 2) ГК упоминают о конкурсе лишь как о возможном варианте заключения государственного контракта, соответствующие нормы законов и иных правовых актов устанавливают случаи, когда такой государственный контракт должен непременно заключаться с помощью конкурса.

Примером может служить Указ Президента РФ от 8 апреля 1997 г. «О первоочередных мерах по предотвращению коррупции и сокращению бюджетных расходов при организации закупки продукции для государственных нужд»1. Указом установлено, что заказы на закупку товаров, работ и услуг для государственных нужд должны размещаться на торгах (конкурсах) всегда, если иное не предусмотрено федеральными законами либо указом Президента РФ, Аналогичное положение закреплено в Порядке проведения торгов (конкурсов) на размещение государственного оборонного заказа на поставку продовольственных товаров для военных и приравненных к ним спецпотребителей, утвержденном Правительством РФ от 26 мая 1997 г.2

Немаловажное значение имеют обязательные торги и для обеспечения частного интереса. Примером могут служить отношения при залоге. В момент, когда возникает необходимость реализовать залоговое право, т.е. обратить взыскание на заложенное имущество, происходит столкновение интересов залогодержателя, объективно стремящегося только к тому, чтобы вырученная при продаже заложенного имущества сумма оказалась достаточной для покрытия обеспеченного залогом долга, и залогодателя, у которого по общему правилу имеется вполне понятный интерес к тому, чтобы получить максимальную цену за проданное имущество. Последнее объяс-

^ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 15. Ст. 1756. См. там же. № 22. Ст. 2598. -

няется тем, что по действующему законодательству он имеет право на получение разницы между вырученной суммой и той, которая необходима и достаточна для покрытия долга. В получении максимальной цены могут оказаться заинтересованными и кредиторы залогодателя, поскольку разница между вырученной суммой и обязательством перед залогодателем может использоваться в соответствующей части для покрытия всех других долгов залогодателя.

Для охраны всего этого комплекса интересов ГК ввел порядок обязательной реализации заложенного имущества, на которое должно быть обращено взыскание, с публичных торгов, кроме случая, когда иное предусмотрено законом (п. 1 ст. 350 ГК). Соответственно Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996г. №6/8 в виде общего правила предусматривает необходимость признания недействительным соглашения залогодержателя и залогодателя, предусматривающего передачу имущества, которое является предметом залога, в собственность залогодержателя',

Имея в виду наиболее распространенные случаи осуществления торгов, ГК (п. 2 ст. 447) называет в качестве их организатора собственника вещи или обладателя соответствующего права, а равно специализированную организацию. Последняя может действовать от своего имени или от имени собственника либо лица, обладающего правом, ставшим предметом торгов. Закон «Об исполнительном производстве» считает обязательным осуществление торгов по поводу недвижимого имущества специализированной организацией, которая имеет право совершать операции с недвижимостью.

При выступлении организатора от своего имени он должен быть признан контрагентом в заключенном договоре. Во всех остальных случаях эту роль выполняет собственник или носитель соответствующего права независимо от того, будут ли организаторами торгов они сами или выступающее от их имени лицо.

Так, в 1997 г. предполагается провести конкурсы на право заключения договоров доверительного управления закрепленными в федеральной собственности акциями акционерных обществ угольной промышленности (угольных компаний). Правила их проведения утверждены Правительством РФ от 11 декабря 1996 г.2 Ими, в частности, определены обязательные условия договора, который предстоит заключить победителю. Победитель обязан в десятидневный срок, в зависимости от условий конкурса, предоставить залог, неустойку, банковскую гарантию или другие способы обеспечения обязательств. Особенность проводимого в соответствии с Правилами

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 46. 2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 52. Ст. 5919.

конкурса состоит в том, что при уклонении от заключения договора победителем конкурса либо того, кто должен был стать его контрагентом (в частности, Министерства топлива и энергетики РФ), другая сторона вправе обратиться в суд с требованием об обязании заключить договор и возмещения причиненных уклонением убытков.

Организатор торгов принимает на себя обязательство перед любым, кто отзовется (при открытых торгах), или перед любым приглашенным (при закрытых) организовать торги в указанный в извещении срок и на предусмотренных в нем условиях.

Определенные обязанности принимает на себя и участник торгов. В обеспечение этих обязанностей он вносит, в частности, организатору задаток в размере, сроки и порядке, предусмотренные в извещении о проведении торгов.

С торгами связан весьма широкий набор проблем. Сложность их решения возникает уже в связи с установлением правовой природы извещения о предстоящих торгах. Речь идет о необходимости определить, является ли извещение офертой или только приглашением к ней.

Из двух основных требований, предъявляемых к оферте ст. 435 ГК, -ее адресности и содержания – первое безусловно налицо и при закрытых торгах (конкретными адресатами служат все приглашенные), и при открытых. В последнем случае адресность выражается в том, что извещением подтверждается воля организатора заключить договор с любым и каждым, что характерно для публичной оферты.

Однако остается открытым вопрос о втором требовании – наличии в извещении существенных условий договора. Указание на предмет договора:

в извещении несомненно имеется. В отношении других условий следует признать, что сама по себе конструкция торгов предполагает необходимость определить при аукционе лишь цену и только при конкурсе – кроме цены, другие условия. При этом заведомо известно, что и то и другое составляют существенные условия договора, заключенного в результате торгов, и должны содержаться в предложении, исходящем именно от участника. Следовательно, извещение по самой своей сущности не может считаться офертой по отношению к договору, который предполагают заключить.

И.Б. Новицкий, сопоставив два возможных решения вопроса о природе объявления о предстоящих публичных торгах, пришел к выводу, что «организация публичного торга представляет собой не предложение дого-^ра, а лишь приглашение делать предложение: должностное лицо, производящее аукцион, может или принять наиболее подходящее предложение, "ли прекратить торг, не приняв ни одного предложения, если ни одно из них не достигает определенного лимита»'.

Новицкий И.Б., ЛунцЛ.А. Указ. соч. С. 153.

На наш взгляд, этот вывод, по крайней мере с позиций действующего ГК, нуждается в уточнении. Приглашение участвовать в торгах действительно не является офертой, но все же оно не может быть сведено к простому приглашению заключить договор. Приглашение как таковое, по сути дела, «ничто», а приглашение участвовать в торгах – «нечто». Так, п. 3 ст. 448 ГК содержит диапозитивную норму, в силу которой при отсутствии иного в законе или в извещении о проведении открытых торгов их организатор, сделавший извещение, вправе отказаться от открытого аукциона, только не позднее чем за три дня до проведения торгов, а открытого конкурса – не позднее чем за 30 дней до даты их проведения. В противном случае на нем лежит обязанность возместить участникам реальный ущерб. Что же касается закрытых торгов, то при отказе от их проведения, когда бы такой отказ ни поступил, организатор обязан возместить реальный ущерб приглашенным. При этом в указанных случаях соответствующая норма носит императивный характер.

Описанная система позволяет сделать вывод о том, что извещение о проведении торгов (открытых – при отсутствии иного в законе или в извещении) представляет собой оферту, из которой возникает обязанность заключить договор с адресатом (любым отозвавшимся) на проведение торгов, обеспеченный возможностью заявить требование о возмещении причиненных убытков. При этом важно обратить внимание на три обстоятельства. Во-первых, соответствующая обязанность возникает не у того, в чью пользу совершаются торги, а у организатора. При этом, например, в случае, когда в такой роли выступает специализированное юридическое лицо, оно несет соответствующую обязанность независимо от того, совершен ли отказ по обстоятельствам, зависящим от самого организатора либо от того, для кого организуются торги (например, собственника подлежащего реализации имущества). Во-вторых, обязанность, о которой идет речь, действует независимо от обстоятельств, повлекших отказ от торгов. В-третьих, возмещению подлежит только часть убытков. Имеется в виду, что упущенная выгода участникам отмененных торгов не подлежит возмещению.

Пункт 2 ст. 448 ГК, посвященный содержанию извещения, подтверждает сделанный вывод. Им предусмотрено, что к числу обязательных условий извещения отнесены время, место и форма торгов, их предмет и порядок проведения (в том числе порядок оформления участия в торгах и определения лица, выигравшего торги), а также сведения о начальной цене. Нетрудно обнаружить, что указанные условия, кроме предмета, в будущий договор, который предстоит заключить, не войдут, а значит, офертой по отношению к договору, составляющему предмет торгов, извещение считаться не может.

Следует согласиться с Н.Д. Егоровым, что «обязательство по передаче имущества, выполнению работ или оказанию услуг возникает из сложного юридического состава»'. При этом сам автор называет в качестве элементов соответствующего юридического состава «проведение торгов и заключение на основе их результатов договора»2. На наш взгляд, этот юридический состав в одних случаях действительно состоит из двух юридических фактов. Однако при определенных случаях их может оказаться больше3. При этом юридическими фактами во всех случаях являются определенные договоры-сделки.

Первый из них – договор на проведение торгов. По указанному договору организатор обязуется провести торги, определить выигравшего, подписать протокол.

Например, Положение о продаже на аукционе имущества (активов) ликвидируемых и ликвидированных государственных и муниципальных предприятий4 предусматривает организацию аукциона, по результатам которого заключается договор купли-продажи, подлежащий регистрации в трехдневный срок. При этом договор должен быть подписан покупателем, с одной стороны, и ликвидатором, действующим на основе договора поручения, – с другой. В указанном случае каждая из сторон, т.е. и «организатор» и «победитель», при уклонении другой стороны от заключения договора вправе потребовать в суде понуждения этой последней к заключению договора и, сверх того, к возмещению убытков, причиненных другой стороне уклонением от заключения договора. Поскольку соответствующий договор является предварительным, к нему должна применяться субсидиарно норма ст. 429 ГК («Предварительный договор»). Это, в частности, означает, что в силу п. 6 указанной статьи обязательства, предусмотренные предварительным договором, прекращаются, если до окончания срока, в который стороны должны были заключить договор, он не будет заключен либо одна из сторон не направит другой стороне предложение заключить соответствующий договор.

Возможен, наконец, и еще один вариант. При нем торги имеют своим предметом различные права, осуществление которых зависит от победителя. Примером могут служить аукционы и конкурсы, проводимые при продаже экспортных и импортных квот. Победитель такого конкурса или аукциона приобретает лицензию – официальный документ, который разрешает осуществление экспортных и импортных операций с определенными това-

Градеданское право, Т. 2, СПб., 1996. С. 453.

См. там же.

Так произойдет при осуществлении двухэтапных торгов, возможность проведения вторых предусмотрена Положением об организации закупки товаров, работ и ус-^уг для государственных нужд.

См.; Собрание законодательства Российской Федерации. 1'995. № 22. Ст. 2059. .

рами в течение установленного срока. И в самом Положении о проведении таких торгов

предусмотрено, что в случае, если победитель не сумел в течение такого срока реализовать полученные квоты, внесенные им ^федеральный бюджет средства возвращению не подлежат.

Специально выделена в ст. 449 ГК возможность признания торгов недействительными, что, в свою очередь, означает недействительность заключенного с выигравшим участником договора. Это в равной мере означает недействительность предварительного и основного договоров.

Признание указанных договоров недействительными влечет за собой специальные последствия, предусмотренные для недействительности сделок. В законе, устанавливающем обязательность торгов, может быть предусмотрено, что признание их недействительными открывает перед сторонами возможность заключать договор обычным способом.

Основания признания судом торгов недействительными различны. Есть возможность сделать общий вывод, что торги признаются недействительными во всех случаях, когда были допущены нарушения, которые могли повлиять на определение результата торгов. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 декабря 1993 г,' специально выделило такое основание признания недействительными торгов, связанных с приватизацией, как незаконный отказ от участия в конкурсе (аукционе), и одновременно предусмотрело, что заявлять требования о признании конкурса недействительным может не только их участник, но и тот, кому было отказано в участии в торгах.

Основания недействительности торгов были указаны и в ст. 405 ГПК («Признание торгов недействительными»), Однако следует иметь в виду, что данная статья может быть применена лишь применительно к торгам, связанным с обращением взыскания на имущество должника-гражданина в виде жилого строения.

Что же касается участника, то его обязательства на указанном этапе носят условный характер. И если условие, о котором идет речь, наступило и участник признан победителем, именно он должен подписать протокол о завершении торгов, о котором шла речь выше. Обязательства подписать протокол организатора и победителя носят взаимный характер, что дает возможность обеспечить обязательство каждого из них, как уже отмечалось, задатком. В этой связи предусмотрено, что, если участник, выигравший торги, откажется от подписания протокола, который в силу п. 5 ст. 448 ГК «имеет силу договора» (т.е. является им), он утрачивает задаток, а отка-

' См.: Материалы секции права. Вып. 28, 1977. С. 40. См. также: Новицкий И. Б.. ЛунцЛ.А. Указ. соч, С. 143 и ел.; Договорное право стран – членов СЭВ и СФРЮ. М-, 1986, С, 143 и ел. ; Брагинский М.И., Шапкина Г.С.. Хозяйственные договоры в материально-техническом снабжении. М.; Экономика, 1976, С. 182 и ел.

завшийся подписать протокол организатор торгов, обязан возвратить задаток в двойном размере и возместить выигравшему торги убытки в сумме, превышающей размер задатка.

Тем, кто не стал победителем, задаток возвращается. Это последнее обстоятельство составляет особенность не задатка как такового, а того обязательства, которое им обеспечивается. Поскольку обязательство носит условный характер, для тех, кто не выиграл торги, соответствующее обязательство – заключить договор просто – не возникло. А судьбу основного обязательства разделит обязательство, имеющее предметом задаток, поскольку субсидиарное обязательство, связанное с задатком, не может существовать без основного. Оставление задатка лица, не ставшего победителем, организатором торгов у себя было бы с его стороны обычным неосновательным обогащением.

Второй юридический факт фиксируется протоколом, которым оформляются договорные отношения между организатором и выигравшим лицом. Это может быть именно тот договор, на заключение которого объявлены торги, и тогда соответствующий договор вступает в силу с последствиями, предусмотренными ст. 425 ГК, в момент подписания протокола.

Так, Порядок проведения межрегиональных и всероссийских специализированных аукционов по продаже акций акционерных обществ открытого типа, созданных путем преобразования государственных (муниципальных) предприятий, предусматривает завершение аукциона составлением в двадцатидневный срок протокола, который подписывает с покупателем соответствующий фонд имущества1.

Кодекс особо выделяет случаи, когда торги объявляются не на заключение договора, а только на право его заключить (например, на право заключить договор аренды земельного участка)2. В этом случае правовое значение протокола меняется: из обычного, основного договора он превращается во вспомогательный договор, обладающий всеми чертами предварительного договора. Имеется в виду, что в силу того же п. 5 ст. 448 ГК договор между сторонами должен быть подписан в срок, предусмотренный в извещении о порядке проведения торгов, а при отсутствии такого указания – в течение двадцати дней.

8. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ

ГК 22 не содержал общих норм о предварительных договорах. Однако в нем были на этот счет две специальные нормы. Одна из них посвящалась

^ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 20. Ст. 1798. См.: Распоряжение мэра г. Москвы от 18 декабря 1992 г. № 571-РМ // Вестник мэрии Москвы. 1993. № 4. С. 6 и ел.

заключению в будущем договора купли-продажи (этот договор носил спе< циальное наименование – «запродажная запись»), а другая – заключению договора займа.

ГК 64 не упоминал вообще предварительных договоров, в том числе и применительно к указанным двум договорам, которые были выделены в ГК 22. Вместе с тем на практике предварительные договоры все же встречались, в частности в сфере материально-технического снабжения. Практика ВТАК подтверждала, что предварительные по своей правовой природе договоры находили применение во внешнеторговых отношениях'.

Сам по себе вопрос о допустимости заключения предварительных договоров не вызывал сомнений, хотя бы потому, что ст. 4 Кодекса 1964 г. признавала возможность возникновения гражданских прав и обязанностей из сделок как предусмотренных законом, так хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему.

Подобно всем другим, особо не выделенным ГК договорам, к предварительным должны были применяться статьи, включенные в подраздел «Общие положения об обязательствах». Это давало возможность делать вывод о последствиях нарушения предварительных договоров. По крайней мере не было никаких сомнений в том, что уклонение стороны от заключения основного договора представляет собой обычное нарушение обязательства (договора) и должно влечь за собой возмещение причиненных убытков. Вопрос о том. можно ли обратиться в суд по поводу понуждения заключить договор, опираясь, в частности, на ст. 221 ГК («Обязанность должника, возместившего

убытки, исполнить обязательство в натуре»), оставался открытым2.

Явный пробел ГК 64 был восполнен Основами гражданского законодательства 1991 г. В специальной статье (ст. 60) определялись порядок заключения, обязательные требования к форме и содержанию предваритель-

' См.: Материалы секции права. Вып. 28. М-, 1976, С. 4, 2 Интересно отметить, что судебная практика в дореволюционной России отвергала саму постановку вопроса об обязании заключить договор, вытекающий из предварительного договора. Соответственно признавалось: «Никто не может быть принужден к заключению договора, хотя бы даже и обязался заключить таковой, причем неисполнение этого обязательства можеть влечь за собою только ответственность за причиненные этим убытки (69/505; 74/880; 76/197 и др.)» – (Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената. СПб., 1911. С. 976. В скобках приведены год и номер решений Правительствующего Сената).

В проекте книги пятой Гражданского уложения России («Обязательственное право») отсутствовали общие нормы о предварительных договорах. Предварительному договору были посвящены лишь две статьи главы «Заем» (ст. 387-388). При этом единственным последствием неисполнения обязательства по договору о заключении договора займа в будущем было право требовать возмещения убытков.

ного договора, а также к последствиям его нарушения, включая возможность заявления требования о понуждении заключить договор.

ГК пошел по пути Основ гражданского законодательства 1991 г. Соответственно в нем теперь также выделена специальная статья – ст. 429 («Предварительный договор»), включившая весьма широкий круг вопросов, относящихся к данному договору.

Статья 429 ГК усматривает смысл предварительного договора в принятии обязанности заключить в будущем, договор (по терминологии ГК -«основной договор»). Содержащееся в ГК указание на то, что речь идет о заключении договора о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг, без каких-либо оговорок подтверждает: практически предварительный договор может предшествовать заключению основного договора любого типа (вида).

Наиболее характерным является в этом смысле договор займа, как, впрочем, и любой другой реальный договор. Благодаря тому, что такого рода договоры для своего возникновения предполагают соглашение плюс передачу вещи, использование конструкции предварительного договора имеет целью, разделив стадию заключения договора на две, придать самостоятельное правовое значение самому соглашению. А из этого, в свою очередь, вытекает, что стороны будут находиться в юридической связи еще ранее передачи вещи. Значит, соответствующая обязательственная связь может возникнуть до того, как у лица появится необходимая для исполнения вещь, например деньги у будущего заимодавца, либо непосредственный интерес к вещи (например, при строительстве интерес заказчика к получению оборудования у поставщика появится после возведения здания).

Сходная ситуация может возникнуть и при договоре купли-продажи недвижимости. Этот договор отличается тем, что он всегда требовал и требует регистрации, а значит, предоставления в момент его заключения пра-воустанавливающих документов. В результате создавалась ситуация, при которой договор не мог быть заключен до того, как продавец приобретал на составляющую его предмет

недвижимость право, надлежащим образом оформленное. Типичный пример – невозможность для наследника получить соответствующий документ на строение до истечения установленного срока принятия наследства. В таком случае регистрация договора не могла быть осуществлена, а без регистрации он лишен юридической силы. Таким образом, единственной возможностью связать наследника – будущего продавца с покупателем оставалось заключение предварительного договора.

Объяснение необходимости прибегать к конструкции предварительного договора для договоров консенсуальных за пределами приведенного случая с обязательной регистрацией совершенной сделки связано со значительными трудностями. Если для договора достаточно одного согласия, то

во всех случаях, когда не может быть передано имущество, выполнены работы или оказаны услуги «сегодня», ничто не мешает заключить обычный договор купли-продажи, подряда, возмездного оказания услуг и т.п., указав в нем в качестве срока исполнения «завтра». Например, если к моменту заключения договора купли-продажи не могут быть оформлены наследственные права на движимое имущество, в момент заключения договора подряда еще не выделен земельный участок заказчику или не получена необходимая лицензия на использование привлекаемых к работам иностранных рабочих, это не мешает заключению договора купли-продажи, подряда, аренды и др., в которых соответственно будет отодвинут во времени момент исполнения.

Имея в виду указанное обстоятельство, Евгений Годэмэ оспаривал позицию тех, кто допускал возможность существования синаллагматических предварительных договоров. Соответственно, по мнению автора, предварительный договор может быть только односторонним. Имея в виду куплю-продажу, он допускал заключение только таких предварительных договоров, в которых обязательство заключить договор возлагалось только либо на продавца («обязуюсь продать»), либо на покупателя («обязуюсь купить»)'.

И.Б. Новицкий, уделивший больше, чем кто-либо другой, внимания предварительным договорам, был согласен с возможностью существования односторонних предварительных договоров, в том числе в случаях, когда основной договор является двусторонним. «То обстоятельство, – писал И.Б. Новицкий, – что данный договор не предполагает передачу (в момент заключения) вещей, само по себе не служит препятствием для заключения предварительного договора. Быть может, стороны имеют в виду в данный момент установить одностороннее обязательство (например, только для продавца) тем фактом, что они выражают волю заключить договор с двусторонним обязательством только в будущем, они наглядно показывают. что у них нет воли на совершение этого (выделено нами. – Авт.) договора в настоящем. А между тем они все-таки заключают договор»2.

Принципиальная особенность позиции И.Б. Новицкого состояла в том, что с учетом сложившейся в нашей стране практики, а равно особенностей российского законодательства, которое всегда имело в виду «куплю-продажу», а не «продажу», односторонние предварительные договоры были только возможным вариантом соответствующей конструкции. Наряду с ними существовали и двусторонние договоры. Иначе и быть не могло, поскольку в самом ГК22, применительно к которому была написана

' См.: Годэмэ Е. Указ. работа. С. 281-282. 2 Новицкий И.Б; ЛунцЛ.А. Указ. соч. С. 144.

И.Б. Новицким соответствующая работа, продажа строилась по двусторон^

ней модели.

Но целесообразность использования двусторонне – обязательных предварительных договоров требовала специальной аргументации. Естественно, что первым приводился И.Б. Новицким уже описанный пример е куплей-продажей недвижимости, о которой шла речь выше.

Более общее значение имела ссылка в подтверждение потребности в использовании предварительных договоров на то, что «при заключении такого договора достаточно определить лишь самое основное содержание предстоящего договора, отложив установление второстепенных пунктов договора на будущее время»'.

Приведенное положение на первый взгляд вступает в определенное противоречие с нынешней ст. 429 ПК, которая предусматривает, что предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора (п. 3 указанной статьи). Однако следует учесть, что подлинный смысл этой нормы не только в том, что существенные условия основного договора должны быть предусмотрены в предварительном договоре, но и в том, что никакие заявления одной из сторон о необходимости включить или исключить определенное условие при составлении основного договора не могут считаться вводящими существенные условия. Таким образом, правило п. 1 ст. 432 ГК, в силу которого к числу существенных относятся, в частности, «все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение», здесь действует только в отношении предварительного договора. Что же касается основного договора, то для него любое предложенное одной из сторон условие, дополняющее или изменяющее условия, которые зафиксированы в предварительном, утрачивает значение существенного. А раз так, то сторона, предложившая это новое условие, не вправе в отношении его ставить вопрос подобным образом: «Не согласны с моим предложением, договора не будет»2. Из этого вытекает,

Новицкий И.Б.. ЛунцЛ.А. Указ, соч. С. 145.

Интерес в этом смысле представляет отношение арбитражно-судебной практики к случаям, когда одна из сторон предварительного договора при заключении основного договора настаивает на включении в последний условия о цене, которое в тексте предварительного договора отсутствовало. Учитывая, что при отсутствии условия о цене следует признать в силу ст, 424 ГК договорным условием «обычную ВДну», Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации счел недопустимым рассмотрение преддоговорного спора о цене при наличии возражений еторой стороны. Следовательно, договор должен действовать с условием о цене, соответствующим ст. 424 ГК (см.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 1. С. 60). Есть все основания полагать, что аналогичное решение должно быть принято в отношении условия о сроке, поскольку в силу п. 2

что дополнения, о которых писал И.Б. Новицкий, действительно могут быть, с тем, однако, что вторая сторона с ними согласится. При этом применительно к последней имеется в виду не обычная альтернатива, о которой шла речь выше, а иная: «Примите мое предложение, иначе основной договор будет считаться заключенным только на условиях, указанных в предварительном договоре». Условия основного договора, зафиксированные в предварительном, являются тем самым не только обязательными, но и достаточными для его трансформации в основной. Таким образом, соображения в пользу предварительного договора в указанных случаях могут оказаться убедительными.

Как и другие договоры, предварительный непременно предполагает согласование всех его существенных условий, в состав которых входит и полный набор существенных условий

окончательного договора. Отсутствие хотя бы одного из числа этих последних исключает возможность обратиться с иском о понуждении контрагента по предварительному договору заключить основной договор. Соответственно нет оснований в подобных случаях и для взыскания с контрагента убытков, причиненных вследствие уклонения второй стороны от заключения договора.

Вместе с тем заслуживает внимания указание И.Б. Новицкого на возможность предоставления предварительным договором одному из контрагентов права в предусмотренных пределах самостоятельно устанавливать при заключении окончательного договора определенное условие. Очевидно, такая возможность основана на том, что наделение стороны таким правом представляет собой лишь способ реализации согласованного условия'.

Следует одновременно иметь в виду и еще одно обстоятельство. Новые предложения стороны должны вообще рассматриваться судом только в случае, если вторая сторона возможность такого рассмотрения подтверждает. Здесь действует общее правило, в силу которого необходимо вначале достичь согласия контрагента на рассмотрение возникшего при заключении договора спора по его содержанию. Что же касается заключения предварительного договора, то оно выражает согласие стороны лишь на судебную защиту права требовать заключения основного договора на выраженных в предварительном договоре условиях.

Отмеченная особенность предварительных договоров открывает возможность их использования применительно к таким консенсуальным договорам, которые предполагают неоднократное заключение на их основе сделок. Примером могут служить предварительные договоры, заключаемые на транспорте. Они выражают две присущие предварительным договорам

ст. 314 ГК при отсутствии в договоре прямого указания на определенный или определимый срок следует руководствоваться «разумным сроком». ' См.: Новицкий И.Б., Луни Л.А. Указ. соч. С. 145.

особенности: включение обязанности заключения основного договора, во-первых, и предопределенность содержания этого последнего, во-вторых. В подтверждение можно сослаться на одно из дел, рассмотренных Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ. Речь шла о том, что Управление Дальневосточной железной дороги предъявило иск к акционерному обществу «Сахалинское морское пароходство» о взыскании штрафа за невыпол' нение плана перевозки грузов, следующих в прямом смешанном, железно-дорожно-водном сообщении. Суд первой инстанции отказал в иске, поскольку истец не представил доказательств того, что его исковые требования основаны на договоре, законе или плановых обязательствах. Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ с этим не согласился. Отменив приведенное решение нижестоящего арбитражного суда, он указал: в деле имеется узловое соглашение железной дороги с истцом о порядке приемки и передачи вагонов с грузами одним видом транспорта другому и доведения до сторон плана перевалки грузов. Факт невыполнения ответчиком указанного плана подтверждается утвержденной карточкой выполнения плановой нормы перевалки, безоговорочно подписанной начальниками станции и порта'.

И все же, на наш взгляд, главная ниша для предварительных договоров не та, о которой шла речь выше. Сравнивая между собой последствия нарушения предварительного и основного договоров, следует иметь в виду, что в первом случае речь идет о компенсации отрицательного интереса (интереса к заключению основного договора), а во втором – позитивного интереса к соблюдению обязательства контрагентом, нарушенного ненадлежащим исполнением обязательства, вытекающего из основного договора. Можно заранее предположить, что в первом случае убытки окажутся меньше,

чем во втором. Следовательно, риск нарушения основного договора превышает заведомо тот, который связан с нарушением предварительного договора. Кроме того, в силу предварительного договора стороны лишены возможности требовать от контрагента реального исполнения обязательства, которое только предполагается включить в основной договор, в случаях, подпадающих под действие ст. 463 и 398 ГК. Таким образом, прибегая к предварительному договору, стороны устанавливают еще одну ступень в заключении основного договора. Оказавшись на этой ступени, стороны имеют возможность еще раз взвесить последствия своих действий:

заключить ли им или не заключить основной договор. У стороны, уклоняющейся от заключения основного договора, остается надежда на то, что вторая сторона удовлетворится компенсацией негативного интереса, не "редъявляя требований о понуждении контрагента к заключению основного договора.

^: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 11. С, 48.

Определяя место предварительного договора в процессе формирования договорного отношения, следует учитывать, что, как уже отмечалось, заключению договора могут предшествовать переговоры сторон. Необходимость в них ощущается особенно остро в случаях, когда одна сторона заказывает товары, работы или услуги крупными партиями со специфиче--скими индивидуальными свойствами, имея в виду длительный период исполнения и т.п. Ход переговоров, а иногда и особо их результат определенным образом фиксируются. При этом иногда такая фиксация принимает форму различного рода протоколов, парафированных (скрепленных инициалами) и даже подписанных сторонами и составляющих так называемую пунктуацию. Для определения ее правового значения учитываются время, место и, главное, содержание того общего, к чему пришли стороны. Все это должно помочь определить, в чем именно состояла подлинная воля сторон:

считать ли договор, о котором шла речь во время переговоров, заключенным; рассматривать ли подписанный текст как предварительный договор или как обычный протокол? А если оценка произведенной пунктуации не позволяет признать ее результат договором (основным или хотя бы предварительным), указанные материалы сохраняют определенное значение: они учитываются при толковании заключенного впоследствии договора'. Имеется в виду, что в соответствии со ст. 431 ГК при возникновении сложностей в определении содержания договора и необходимости выяснения действительно общей воли сторон с учетом цели договора принимают во внимание – наряду с перепиской, установившейся во взаимоотношениях между сторонами практикой, обычаями делового оборота ~ также предшествующие договору переговоры и переписку.

Среди других вопросов, связанных с предварительным договором, можно указать на ту роль, которую играют такие договоры с момента заключения основного договора. Очевидно, что, если основной договор заключен в срок, предусмотренный предварительным договором, и с соблюдением других его условий, предварительный договор прекращает свое действие и соответственно утрачивает правовую силу. Это, однако, не лишает предварительный договор его фактического значения. Содержание такого договора позволяет судить о подлинной воле сторон. И по этой причине нет никаких препятствий к тому, чтобы использовать его в качестве средства доказывания в рамках ст. 431 ГК («Толкование договора»).

Принципы международных коммерческих договоров (ст. 2.15) особо предусматривают свободу переговоров, означающую, в частности, что сторона не несет ответственности за недостижение согласия (имеется в виду, что стороны свободны в определении того, с кем, когда, в течение какого

' См.: Май С.К. Очерки общей части буржуазного обязательственного права. М.:

Внешторгиздат, 1953. С. 91; Дернбург Г. Пандекты. С. 31. См. также п. 5. Гл, III.

ппемени и т.п. вести переговоры). Это, однако, не исключает ответственности сторон за недобросовестность ведения переговоров, в том числе ведение переговоров «просто так», без намерения заключить договор. Указанная ответственность выражается в обязанности соответствующей стороны возместить контрагенту убытки. Один из примеров, приведенных в Комментарии к Принципам: А узнает о намерении В продать свой ресторан. А, не имея вообще намерения купить этот ресторан, тем не менее вступает в продолжительные переговоры с В с единственным намерением помешать Б продать ресторан С, являющемуся конкурентом А, но по более низкой цене чем та, которую он мог получить от С. Разница в ценах составляет ту сумму, которую А обязан возместить'.

В нашем законодательстве отсутствуют специальные указания, относящиеся к переговорам. Однако вывод об ответственности в подобных случаях может быть, очевидно, сделан исходя прежде всего из общих норм о внедоговорном вреде. В одних случаях требование может быть построено на общих нормах о деликтных обязательствах (обязательствах вследствие причинения вреда). Это, безусловно, относится и к шикане, имевшей место в данном случае2. Иногда речь может идти о требованиях, основанных на недобросовестной конкуренции, как части антимонопольного законодательства.

Предварительный договор является одним из видов гражданско-правовых договоров. По этой причине ему свойственны все родовые признаки договоров. Точно так же и заключение указанного договора должно подчиняться общему для договоров порядку, включая требования о том, что договор в силу ст. 432 ГК признается заключенным лишь с момента, когда стороны достигли в требуемой в подлежащих случаях форме соглашения по всем существенным условиям договора. При этом для предварительного договора, как уже отмечалось, наряду с другими его условиями существенными должны быть признаны и те, которые являются существенными для основного договора. Последнее определило позицию Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ в одном из рассмотренных им дел. Истец, считая, что он заключил предварительный договор, требовал во ис-

См.: Принципы международных коммерческих договоров. С. 215. В силу ст. 10 ГК «не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществленные исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребить правом в иных формах». В приведенной формуле выражены два из четырех обязательных условий деликтной ответственности – противоправность и одновременно виновность действия. Сверх того, остается установить еще два условия, которые, кстати, были и в приведенном комментаторами Принципов международных коммерческих договоров примере, – наличие имущественного вреда и причинной связи между произведенными действиями и виной.

полнение этого договора заключить основной договор (речь шла о договоре по оказанию услуг, связанных с использованием средств связи для распространения программ телевидения и радиовещания). Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал, что в действительности предварительный договор в данном случае нельзя было считать заключенным. Основанием для такого вывода послужила ссылка на то, что телеграмма о планируемых объемах телерадиовещания носила информационный характер. Она не содержала всех существенных условий по предоставлению услуг связи потребителю, и в силу ст. 429 ГК предварительный договор за* ключенным считаться не может'.

Статья 429 ГК устанавливает еще одно требование к предварительному договору. Оно состоит в том, что такой договор заключается в форме, которая установлена для основного договора. Запасной вариант, вступающий в действие при отсутствии специальных требований, составляет письменная форма. Значит, она необходима не только тогда, когда основной договор должен быть заключен в письменной форме, но и в случаях, если такой договор относится к числу тех, которые могут быть заключены устно. Все остальные требования в отношении формы, адресованные основному договору, в частности нотариальное удостоверение, действуют и в отношении предварительного договора. При этом к форме предварительного договора предъявляются в ряде случаев требования более строгие по сравнению с адресованными основному договору: независимо от того, подлежит ли предварительный договор в соответствии с изложенными нормами совершению в простой письменной или в нотариальной форме, нарушение соответствующего требования влечет за собой ничтожность предварительного договора.

Вытекающее из предварительного договора обязательство заключить основной договор конкретизируется во времени. Такая конкретизация может исходить от самих сторон, а если они не воспользуются предоставленной им возможностью, вступает в действие содержащееся в п. 4 ст. 429 ГК правило, в силу которого такой срок составляет один год с момента заключения предварительного договора. Указанный срок признается соблюденным, если до его истечения стороны заключат основной договор или по крайней мере одна из них направит другой предложение заключить такой договор.

Нет никаких препятствий к тому, чтобы стороны заключили основной договор и после указанного выше срока. И все же срок имеет важное значение, поскольку в его пределах каждая из сторон может требовать от другой заключения договора на указанных в предварительном договоре условиях. Имеется в виду право стороны при уклонении контрагента по предва-

' См.: Вестник Высшего Арбтражного Суда Российской Федерации. 1996. №8. С. 77.

пигельному договору от заключения основного договора обратиться в суд с тоебованием о понуждении заключить такой договор и именно на условиях указанных в предварительном договоре. Независимо от того, предусмотрен ли срок в договоре, или имеется в виду установленный в законе годичный срок, тот и другой носят пресекательный характер: с его истечением материальное по своей природе право требовать от контрагента заключения договора на определенных условиях прекращается и соответственно восстановлению судом не подлежит.

Важное значение может иметь вопрос о влиянии предварительного договора на права и обязанности третьих лиц. Действующее законодательство не дает на него прямого ответа, оставляя, в частности, открытой судьбу договора, подписанного продавцом с третьим лицом в период от заключения предварительного договора и до истечения срока заключения основного договора. Как уже неоднократно отмечалось, из самой природы предварительного договора возникает, что она порождает лишь одну обязанность стороны будущего договора, в частности продавца: заключить основной договор. По этой причине покупатель не вправе требовать признания недействительным договора, заключенного продавцом с третьим лицом, о реализации соответствующего имущества. В указанном случае сторона предварительного договора – потенциальный покупатель не может и заявлять в индикационный иск к третьему лицу. Однако потерпевшая сторона сохраняет право адресовать контрагенту по предварительному договору требование заключить основной договор, а вслед за этим – и о неисполнении обязательства, предусмотренного в основном договоре.

В полном соответствии с п. 2 ст. 425 ГК основной договор, хотя он и вступает в действие, как правило, с момента заключения, может предусматривать, что его условия применяются контрагентами к их отношениям, возникшим до заключения договора. Однако указанное правило имеет то же содержание и те же пределы, что и применительно к любому договору, независимо от того, заключен ли такой договор самостоятельно или во исполнение предварительного договора. Имеется в виду, что в соответствии с п. 2 ст. 425 ГК («Действие договора») сторонам предоставляется право распространить условия заключенного ими договора на отношения, которые возникли до его заключения.

9. ПРЕДДОГОВОРНЫЕ СПОРЫ

В условиях, когда договоры заключались во исполнение планового акта, необходимо было создание специального механизма для разрешения возникающих по поводу заключения договоров споров. Такие споры, которые имели предметом вынесение решения, обязывающего заключить договор во исполнение планового акта либо определяющего более или менее

широко содержание будущего договора, возникали главным образом в связи с уклонением одной из сторон от заключения договора, либо с различным пониманием условий, предусмотренных в плановом акте, либо с несовпадением в позициях относительно дополнительных, не названных плановым актом условий.

Вместе с тем всегда существовала определенная, хотя и очень незначительная по объему, часть экономических отношений между организациями, которые плановыми актами не охватывались вовсе. Здесь действовал другой принцип: стороны должны были вначале согласовывать существенные условия договора, после чего любая из них вправе была обращаться в арбитраж для разрешения спора по поводу оставшихся несогласованными условий.

В разрешении преддоговорных споров наиболее резко проявляла себя двойственная природа арбитража, который, с одной стороны, был призван разрешать гражданско-правовые споры социалистических организаций (выступая в этой роли он предельно соприкасался с деятельностью органов, осуществляющих правосудие), а с другой стороны, представлял собой определенное звено системы государственного управления. Если суд выносил решение лишь на основе существующих нормативных актов, прибегая по необходимости к аналогии закона и аналогии права, тем самым применяя лишь общую норму к определенным отношениям, то арбитраж не только применял нормы, но и создавал их, по крайней мере для данного конкретного случая. Именно благодаря этому в деятельности арбитража, как и любого иного нормотворческого органа, столь важное значение приобретал выбор наиболее целесообразных с точки зрения интересов всего государства решений конкретных вопросов.

Обязывая стороны заключить договор, исключая из договора условия, противоречащие закону и плановому акту, арбитраж применял нормы. Руководствуясь началами хозяйственной целесообразности при решении вопроса о содержании того или иного пункта договора, арбитраж создавал определенную норму, локальную по природе.

Несмотря на коренные изменения, которым подвергалась экономика в последние годы, в частности в вопросах ее планирования, соотношения договора с планом и свободы договора, сама конструкция преддоговорных споров и некоторые положения о порядке их рассмотрения сохранились.

ГК оставил два основания для возбуждения преддоговорных споров:

первое – уклонение стороны, на которую Кодекс или иной закон возлагает соответствующую обязанность, от заключения договора (п. 4 ст. 445 ГК) и второе – передача на рассмотрение арбитража спора относительно договорных условий, по которым у сторон возникли расхождения. Однако принципиальное значение имеет то, что при последнем варианте необхо

димо по общему правилу (исключение составляют случаи, при которых заключение договора является обязательным) предварительное достижение сторонами соглашения относительно передачи возникшего между ними спора на разрешение суда (ст. 446 ГК).

Этому соответствует ст. 130 АПК РФ. Она разграничивает споры о понуждении заключить договор, с одной стороны, и споры, возникающие при заключении или изменении договора, – с другой. В первом случае в резолютивной части должны быть указаны условия, на которых стороны обязаны заключить договор, а во втором – решение по каждому спорному условию договора.

Применительно к первому случаю п. 4 ст. 445 ГК возлагает на сторону, необоснованно уклонившуюся от обязанности заключить договор, помимо необходимости заключить договор возместить причиненные контрагенту убытки. Для второго случая ст. 446 ГК предусматривает, что условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда. Приведенная формулировка означает недопустимость для суда в случаях обязательности заключения договоров выйти за пределы условий, по которым возник спор, а в остальных случаях – за пределы достигнутого сторонами соглашения о передаче спора на разрешение суду.

Принципиальное отличие нынешнего преддоговорного разбирательства от преддоговорного арбитража в специальном его понимании в прошлые годы состоит в том, что суд руководствуется уже не «хозяйственной целесообразностью» и не «интересами государства», а интересами самих сторон. Соответственно задача суда состоит в том, чтобы найти вариант, который в максимальной степени удовлетворял бы правильно понятым интересам контрагентов. Этому соответствует и изменение самой правовой природы арбитражного суда, который ныне, в соответствие со ст. 1 Арбитражного процессуального кодекса РФ, осуществляет правосудие путем разрешения экономических дел и иных дел, отнесенных к его компетенции.

Отмеченная выше задача не распространяется на противоречие договора императивным нормам закона и иных правовых актов. Поскольку, как подчеркнуто в п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8. ГК не исключает случаев признания сделки ничтожной, суд может по своей инициативе при разрешении возникшего по другим основаниям преддоговорного спора признать договор в целом или отдельные его условия ничтожными'.

На практике может возникнуть вопрос о форме соглашения о преддоговорном разбирательстве. Н.И. Клейн отмечает, что судебная практика

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 13.

исходит из того, что соглашение должно быть облачено в письменную форму'. Приведенное справедливое положение нуждается в некотором уточнении. Судебная практика не может создавать обязательность письменной формы. В данном случае требование о такой форме соглашения

непосредственно вытекает из ст. 104 АПК РФ. Эта последняя требует предоставления вместе с исковым заявлением «документов, подтверждающих обстоятельства, на которых основываются исковые требования». Между тем обстоятельством, подтверждающим возможность рассмотрения преддоговорного спора, как раз и служит соглашение о передаче спора на разрешение арбитража2, Как всякий «документ», соглашение должно быть оформлено письменно. К этому следует добавить, что и в силу ст. 7 Закона «О международном коммерческом арбитраже»3 соглашение, о котором идет речь, должно быть непременно совершенно в письменной форме: при этом есть основания полагать, что письменная форма соглашения в данном случае необходима для признания его действительным.

С прямо противоположной ситуацией столкнулся Президиум Высшего Арбитражного суда РФ при рассмотрении спора, возникшего между заводом и комбинатом по поводу заключаемого договора. В ходе разбирательства дела выяснилось, что в протоколе разногласий, составленном истцом, была предусмотрена передача на разрешение арбитражного суда всех споров, которые возникают при заключении, изменении и расторжении договора. Однако в редакции соответствующего условия по протоколу разногласий, исходящего от ответчика, содержался иной вариант: арбитражному суду должны передаваться только споры, возникающие при исполнении и расторжении договора. Установив это обстоятельство, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ прекратил дело производством4.

Следует, очевидно, разделить точку зрения Н.И. Клейн, допускающей вариант, при котором соответствующее указание включено в проект договора одной из сторон, а другая сторона в протоколе разногласий не высказывает никаких возражений применительно к данному условию проекта договора5. Эта ситуация предусмотрена ст. 7 Закона «О международном коммерческом арбитраже».

' См.; Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации. М.: Контраст, 1995. С. 52.

См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации- Часть первая. М.: Юринформцентр, 1995. С. 426-

3 См.: Ведомости Российской Федерации. 1993. № 32. Ст. 1240.

4 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №5. С. 39^10.

5 См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая. М.: Юринформцентр, 1996. С. 496.

Во всех предусмотренных ст. 446 ГК случаях постановление арбитража представляет собой обычное решение по преобразовательному иску. Указанное решение выступает в такого рода делах в роли суррогата соглашения. При этом в споре о редакции отдельных условий формула решения становится частью договора, а при рассмотрении преддоговорного спора, связанного с понуждением заключить договор, в самом решении воспроизводится его редакция. По указанной причине сторона, обратившаяся в суд с требованием о понуждении заключить договор, должна в силу ст. 104 АПК рф представить подготовленный ею проект договора, который трансформируется в соответствии с принятым решением в заключенный договор. А само решение арбитража, будучи юридическим фактом, завершает необходимый юридический состав.

Рассмотрение судом споров, возникших в связи с требованием истца обязать ответчика заключить

договор и в равной мере по поводу разрешения преддоговорного спора относительно конкретных условий, входит в компетенцию судебной системы вообще и конкретного суда в частности, исходя из общих правил о подведомственности и подсудности гражданских споров. Вся особенность состоит лишь в том, что для возбуждения спора об обязанности заключить договор необходимо соответствующее указание в ГК или в ином законе, а для разрешения спора по конкретным условиям -предварительное соглашение сторон (если иное не предусмотрено в законе).

Распространение на соответствующие споры общего режима подкрепляется, помимо прочего, ст. 22 АПК РФ. Она называет в числе экономических споров, разрешаемых арбитражным судом, споры «о разногласии по договору, заключение которого предусмотрено законом или передача разногласия по которому на разрешение арбитражного суда согласована сторонами», никоим образом их в дальнейшем не выделяя.

В литературе отмечалось, что «возможность передачи спора, возникающего при заключении договора, может быть предусмотрена в самом договоре. Эти условия договора в деловом обороте принято называть арбитражной оговоркой. В таком условии договора может быть указан суд, на разрешение которого стороны договорились передать возникший спор»1.

Приведенное положение может быть дополнено. Во-первых, сторонам не предоставлено права ни выбирать судебную систему, ни определять конкретную подведомственность и подсудность гражданских споров, если только речь не идет о достигнутом согласии передать дело на рассмотрение третейского суда. Во всяком случае, с точки зрения процессуальной, решение соответствующих вопросов не связано с предметом спора: оно одина-

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая. М.:

Юринформцентр, 1995. С. 426.

ково вне зависимости от того, идет ли речь о преддоговорном 'или каком-либо ином споре.

Во-вторых, условие, включающее «арбитражную оговорку» имеет сложную правовую природу. Как подчеркнуто в ст. 16 Закона РФ от 7 июля 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже», арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Решение третейского суда о том, что договор ничтожен, не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки. При этом арбитражная практика считает, что и прекращение (расторжение договора) не влияет на действительность арбитражной оговорки', Есть основания полагать, что такое же решение должно быть вынесено в ситуации, когда достигнуто соглашение о передаче дела в третейский суд между сторонами, ни одна из которых не является иностранцем. Национальная принадлежность стороны не влияет на юридическую природу соответствующего соглашения.

Особый порядок установлен ст. 507 ГК применительно к случаю, когда между сторонами возникли разногласия при заключении одного из наиболее распространенных договоров – поставки. Речь идет о последствиях получения оферентом сообщения адресата оферты, содержащего предложение согласовать отдельные условия, включенные в оферту. Получив такое предложение, оферент должен в течение тридцати дней с момента его поступления или в иной срок, установленный в законе или в достигнутом соглашении, принять меры по согласованию соответствующих условий или письменно уведомить другую сторону об отказе от заключения договора. В противном случае оференту придется возместить убытки, которые им причинены уклонением от согласования договорных условий.

По своей юридической природе указанная ситуация представляет собой случай возникновения обязательства возместить убытки, основанием которого служит закон или, точнее, предусмотренный в нем юридический факт – непринятие мер к согласованию. Цель введения данного обязательства как будто бы ясна: она состоит в устранении неопределенности во взаимоотношениях сторон путем перенесения риска на того, кто такую неопределенность породил.

Однако некоторые сомнения возникают. Как уже отмечалось, речь идет о связанных с приведенной нормой определенных трудностях у поставщиков, которым по роду своей деятельности необходимо заключать большое количество договоров. Кроме того, остаются неясными по крайней мере два обстоятельства. Одно из них – распространяется ли соответствующая норма на случаи, когда у адресата оферты возникла потребность

' См.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. М.; Изд-во Международного центра экономического развития, 1996. С. 36-37.

в согласовании дополнительных, не включенных в нее условий? На этот вопрос, очевидно, должен последовать скорее всего отрицательный ответ. Другое неясное обстоятельство – как доказать возникновение убытков у адресата оферты, если учесть, что основной этап – согласование условий не пройдет? А это означает наличие у второй стороны возможности ссылаться на то что условия адресата оферты оферент все равно бы не принял. Очевидно, такого рода возражения должны будут учитываться судом.

10. ПУБЛИЧНЫЕ ДОГОВОРЫ

Статья 426 ГК называет публичным договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное

обслуживание и т.п.).

Приведенная статья объединяет пять норм. Первая запрещает коммерческой организации при наличии соответствующих обстоятельств отказываться от заключения договора. Вторая исключает возможность в случае отсутствия прямых указаний в законе и иных правовых актах оказывать какое-либо предпочтение кому-либо при заключении договора, в том числе и при определении цены и других условий заключенного договора. Третья норма предоставляет потребителю возможность обязать контрагента заключить с ним договор с помощью суда. Четвертая признает договорные условия, противоречащие требованиям ст. 426 ГК, ничтожными. Наконец, пятая содержит специальные правила о возможности издания Правительством Российской Федерации в случаях, предусмотренных законом, норм, обязательных для сторон публичного договора.

Режим публичных договоров является исключением из того общего, который опирается на принцип «свободы договоров». Указанное исключение представляет собой один из случаев действия публичного начала в гражданском праве. Режим «публичных договоров» прямо противоположен режиму «свободы договоров», наиболее полно выражающему частноправовые начала, составляющие основу гражданского права.

По своей природе нормы о публичном договоре являются антиподом тех, которые закрепляют «свободу договоров», потому, что последняя наиболее полно выражает частно-правовые начала, составляющие основу гражданского права.

Публичный интерес отражается во многих гражданско-правовых нормах и за пределами ст. 426 ГК. Именно этот интерес подталкивает государство ко «вмешательству в частные дела». В ряде случаев цель вмешатель-

ства однозначна. Примером может служить п. 4 ст, 401 ГК, в силу которого ничтожным признается заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства, Указанная цель связана с более общей – обеспечением нормального правопорядка в стране.

Возможны ситуации, при которых законодатель одной и той же нормой преследует различные цели публичного характера. Так, например, п. 1 ст. 349 ГК предусмотрел, что соглашение участников ипотечного обязательства, устанавливающее возможность реализации залогодержателем своих прав, не обращаясь в суд, недействительно, если оно заключено до возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога. Запрещая подобные соглашения, законодатель, на что уже в свое время обращалось внимание, исходил из необходимости защитить интересы залогодателя, который в момент получения займа и до наступления предусмотренного договором срока его погашения является более слабым, нуждающимся в защите контрагентом. Однако с момента наступления срока погашения долга взаимное положение сторон меняется, и оснований считать более слабой стороной залогодателя уже нет. А потому с указанного момента открываются возможности для подписания соответствующего соглашения.

Вместе с тем та же норма ст. 349 ГК одновременно обеспечивает и другую цель: она охраняет интересы третьих лиц – всех других, помимо залогодержателя, кредиторов залогодателя. Имеется в виду, что их интересы могут пострадать от того, что обращение взыскания на имущество залогодателя будет произведено без судебной проверки оснований и порядка обращения взыскания на находящееся в залоге имущество должника и тем самым к моменту, когда наступит их очередь, подлежащая выплате доля окажется меньшей.

Таким же многоцелевым является вмешательство государства и при публичном договоре. В данном случае на первый план выступает все та же цель – защиты слабой стороны. Имеется в виду, что в условиях рыночного хозяйства все участники предполагаются занимающими одинаковую в экономическом смысле позицию. В этом случае в силу особенностей соответствующих договорных моделей в нормально насыщенном рынке более сильными являются обычно позиции не того, кто предлагает товары, работы и услуги, а его контрагента – покупателя или заказчика. Иная ситуация складывается в случае, когда потребитель – экономически более слабая сторона, нуждаясь в товарах, работах и услугах, обращается за ними к тому, кто занимает заведомо экономически более сильные позиции на рынке, -к коммерческой организации. Уравнять положение обеих сторон законодатель может только одним путем: создав те односторонние гарантии, которые предоставляет потребителю ст. 426 ГК.

В подтверждение именно этой цели указанной статьи можно обратиться к ее происхождению. Принято относить ст. 426 ГК к числу новелл Кодекса. И это верно в том смысле, что ни ГК 22, ни ГК 64 соответствую-шей статьи не знали, как не знали и самого термина «публичный договор». Однако ряд норм, о которых идет речь, к моменту принятия ГК уже действовали при этом в актах,

посвященных правам потребителей'.

Прежде всего имеется в виду Закон РФ от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей»2. Объявленная Законом цель его введения состояла в регулировании отношений с потребителями, установлении их прав на приобретение товаров (работ, услуг) надлежащего качества, на безопасность их жизни и здоровья, на получение информации о товарах (работах, услугах) и их изготовителях (исполнителях, продавцах), а также на определение механизма реализации этих прав. Аналогичную направленность имели, например, и Правила бытового обслуживания населения в РФ, утвержденные Постановлением Совета Министров – Правительства РФ от 8 июня 1993 г.3 В этом акте, в частности, было впервые установлено, что условия договора или иного документа, которым оформляется заказ, ущемляющие права потребителей по сравнению с предусмотренными Законом РФ «О защите прав потребителей» и Правилами, признаются недействительными, а также и то, что, если в результате применения условий договора, ущемляющих права потребителя, у последнего возникли убытки, они подлежат возмещению исполнителем в полном объеме, включая и убытки, причиненные нарушением прав потребителя на свободный выбор видов услуг (работ).

Еще одним предшественником норм о публичном договоре были Правила продажи отдельных видов продовольственных и непродовольственных товаров, утвержденные Постановлением Совета Министров – Правительства РФ от 8 октября 1993 г.4 Среди норм Правил, которые были полностью или частично воспроизведены или по крайней мере отражены впоследствии в ст. 426 ГК, можно указать на такие: товары должны продаваться всем гражданам на общих основаниях; предоставление льгот допустимо лишь отдельным категориям населения при наличии на этот счет указаний в законодательстве; запрещено обусловливать продажу одних товаров обязательным приобретением других и др. Применительно к вопросам о форме и порядке ответственности, порядке обмена непродовольственных товаров

' О системном характере норм, посвященных защите прав потребителей, см.; Лев-

шина Т.Л. Основы законодательства о защите прав потребителей: Курс лекций. М-:

Юрид. лит. С. 3 и ел. См.: Ведомости российской Федерации, 1992. № 15. Ст. 776; с изменениями -

Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 3. Ст. 140. См.: Собрание актов Российской Федерации. 1993. № 25. Ст. 2363. См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1993. № 43. Ст. 4092.

и ряду иных содержались отсылки к Закону РФ «О защите прав потребителей». В Правилах особо выделялся порядок продажи конкретных групп товаров (ткани, одежды и обуви, радиотоваров и электробытовых товаров и т.п.). Правда, ряд норм Правил на аналогичный товар (ограничение продажи товаров в одни руки, обязанность иметь на видном месте жалобную книгу и др.) уже к моменту их принятия могли рассматриваться как явный анахронизм.

Менее откровенной, чем особая защита прав потребителей, но вместе с тем весьма значимой является другая направленность все той же ст. 426 ГК. Речь идет о создании гарантий функционирования свободного рынка и, что особенно важно, о борьбе с монопольными тенденциями, а равно о развитии на рынке свободной конкуренции. Подтверждением наличия этого второго направления в рассматриваемой статье ГК может служить воспроизведение в ней наряду с нормами, посвященными защите потребителей, правил, содержащих положения антимонопольного законодательства или по крайней мере близких к ним по целям. В подтверждение можно сослаться на ст. 5 Закона «О

конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». В этой статье в числе действий, которые могут иметь результатом ограничение конкуренции и/или ущемление интересов других хозяйствующих субъектов, либо физических лиц, либо определенной группы лиц, выделены такие, как навязывание контрагенту условий договора, не выгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования передачи финансовых средств, иного имущества, имущественных прав), включение в договор дискриминирующих условий, которые ставят контрагента в неравное положение по сравнению с другими хозяйствующими субъектами, согласие заключить договор лишь при условии внесения в него положений, касающихся товаров, в которых контрагент (потребитель) не заинтересован, нарушение предусмотренного нормативными актами порядка ценообразования, установление монопольно высоких (низких) цен, сокращение или прекращение производства товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии безубыточной возможности их производства'.

Акты, посвященные охране прав потребителей, предупреждению, ограничению и пресечению монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, сохраняющие свою юридическую силу, действуют параллельно со ст. 426 ГК. Эта последняя содержит определенные гарантии соблюдения соответствующих правил – такие, как возможность возбуждения спора, направленного на обязывание другой стороны заключить договор, признание ничтожными условий договоров, отступающих от положе-

' О роли норм антимонопольного законодательства см.: Предпринимательское право: Курс лекций / Под рея. Н.И. Клейн. М.: Юрвд. лит., С. 235 и ел.

ний ст. 426 ГК, и др. Соответствующие гарантии имеют юридическую силу лишь применительно к отношениям, которые укладываются в рамки действия данной статьи, Это обстоятельство весьма важно иметь в виду потому, что границы указанных актов, с одной стороны, и ст. 426 ГК – с другой, не совпадают. Статья 426 ГК имеет более узкую сферу действия в то время,, как по отношению к законодательству об охране прав потребителей пределы действия норм об охране потребителей оказываются более широкими или наоборот, более узкими. А это означает, что по отношению к нормам специального антимонопольного законодательства, которые не укладываются в сферу действия рассматриваемой статьи, гарантии, содержащиеся в этой последней, не действуют. Возможна и прямо противоположная ситуация.

Вынесенный за скобки общий правовой режим публичных договоров в том виде, в каком он регламентируется в ст. 426 ГК, охватывает право потребителя требовать от своего будущего контрагента заключения с ним договора, условия которого, и в частности цена товаров, работ и услуг, должны быть одинаковыми для всех потребителей, кроме случаев, когда в установленном порядке им предоставлены определенные льготы. При этом имеется в виду, что такие льготы, во-первых, должны предоставляться не отдельным лицам, а отдельным категориям лиц (инвалидам, участникам войны, многодетным семьям и т.п.) и, во-вторых, должны быть предусмотрены нормативными актами в форме закона, указа Президента РФ или постановления Правительства РФ.

Перечисленным правам потребителей корреспондирует обязанность соответствующих организаций не проводить какой-либо дискриминации среди потребителей ни при решении вопроса о заключении договора, ни при определении его условий, ни в ходе исполнения договора.

Смысл ст. 426 ГК состоит исключительно в предоставлении льгот потребителю, заведомо не распространяя их на его контрагента. По этой причине при рассмотрении дела по иску предприятия

связи общего пользования о понуждении Всероссийской телерадиокомпании заключить договор Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, подчеркнув, что данный договор действительно является публичным, вместе с тем отметил, что применительно к такому договору соответствующим правом (требовать его заключения) обладает только сторона-потребитель услуг, но не та, которая их оказывает'.

Статья 426 ГК предусмотрела эффективный механизм действия указанных в ней мер. В частности, речь идет о том, что возможности для суда отказаться удовлетворить соответствующий иск ограничены только одной ситуацией: организация не имела возможности предоставить потребителю

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 2, С.

товары, оказывать услуги или выполнить работы, по поводу которых он предлагал заключить договор. При этом Постановление Пленумов № 6/8 предусматривает, что на коммерческой организации лежит бремя доказы-вания отсутствия соответствующих возможностей'. В соответствии с п. 4 ст. 445 ГК при необоснованности уклонения стороны от заключения договора с нее должны быть взысканы также причиненные потребителю убытки.

Постановление Пленумов № 6/8 разъяснило, что у потребителя есть еще одно важное право: в отличие от сторон во всех остальных договорах он вправе передать возникшее разногласие на рассмотрение судом, не испрашивая согласия контрагента2.

Еще одной составной частью соответствующего механизма служит признание дискриминационных условий ничтожными, т.е. недействительными с самого начала и независимо от судебного решения. При этом в зависимости от характера того или иного условия возможны два варианта. Если с точки зрения потребителя условие, о котором идет речь, не является необходимым, следует руководствоваться правилами ст. 180 ГК, считая договор действующим без указанного условия. Иное дело в случаях, когда без соответствующего условия договор существовать не может. Тогда начинают действовать общие правила, относящиеся к рассмотрению преддоговорного спора, т.е. ст. 446 ГК.

Существует принципиальная особенность в разрешении таких преддоговорных споров. Она состоит в том, что споры по условиям обычных гражданско-правовых договоров суд может рассмотреть только при наличии на то согласия сторон, а такие же споры по поводу заключения и условиям публичных договоров могут разрешаться в судебном порядке также и тогда, когда вторая сторона-коммерческая организация возражает3.

Целый ряд льгот и преимуществ включен в публичный договор нормами Закона «О защите прав потребителей». Одна из них – возможность заявления потребителем на случай нарушения договора контрагентом требований о возмещении причиненного этим не только имущественного, но и морального вреда (ст. 13). Указанная норма не требует подтверждения в специальном законодательстве. По этой причине Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ указала на то, что такое требование может быть заявлено пассажиром воздушному транспорту. При этом возражения ответчика, сославшегося на то, что Воздушный кодекс права на возмещение морального вреда не предусматривает, было отвергнуто4.

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 18.

2 См, там же.

3 См.; Витрянский В.В. Новые типы гражданско-правовых договоров // Закон. 1996. №6. С. 91.

4 См.: Судебная практика по гражданским делам. 1993-1996. С. 212-213.

Статья 426 ГК содержит общие положения о публичных договорах. Скрепленные в ней исходные начала конкретизируются, детализируются и развиваются в отдельных типах, видах или подвидах договоров, относимых к числу публичных. Это сделано как в ГК (примером могут служить, в частности, параграфы, посвященные розничной купле-продаже и бытовому обслуживанию), так и в ряде других правовых актов, в том числе принятых после вступления в силу ГК. Например, в Правилах оказания услуг общественного питания' предусмотрено, что исполнитель не вправе навязывать потребителю дополнительные виды услуг, предоставляемых за плату, отдельно от услуг общественного питания. Потребителю предоставляется право в любое время отказаться от оказанной им услуги, ограничившись оплатой исполнителю фактически понесенных расходов. Он также вправе потребовать полного возмещения убытков, причиненных в связи с нарушением сроков начала и (или) окончания услуг, безвозмездного устранения недостатков в разумный срок и др.

Введение специального режима для публичных договоров требует установления достаточно определенных границ рассматриваемого понятия.

Четвертый раздел ГК («Отдельные виды обязательств») в ряде случаев прямо называет соответствующие договоры публичными. Так, к числу публичных отнесены договоры розничной купли-продажи (п. 2 ст, 492 ГК), бытового подряда (п. 2 ст. 730 ГК), перевозки транспортом общего пользования (п. 2 ст. 789 ГК), проката (п. 3 ст. 626 ГК), личного страхования (п. 1 ст. 927 ГК), хранения товаров на складах общего пользования (п. 2 ст. 908 ГК), хранения в камерах хранения транспортных организаций (п. 1 ст. 923 ГК), а при определенных условиях – договоры банковского вклада (п. 2 ст. 834 ГК) и хранения в ломбарде (п. 1 ст. 919 ГК).

Однако следует учитывать, что ст. 426 ГК вначале определяет признаки, необходимые и достаточные для признания договора публичным, и лишь затем устанавливает для таких договоров специальный режим. При такой структуре соответствующей статьи наименование договора определенного типа, вида и подвида публичным не является обязательным условием применения данной статьи. Подобное указание может иметь самостоятельное значение только в случае, когда законодатель стремится ограничить рамки договора, на который распространяется ст. 426 ГК. Примером может служить п. 2 ст. 834 ГК, подчеркивающий, что публичным признается только договор банковского вклада, в котором в качестве вкладчика выступает гражданин, или п. 1 ст. 919 ГК, признающий публичным заключенный ломбардом договор, в котором предметом служат вещи, принадлежащие гражданам.

Утверждены Постановлением Совета Министров Российской Федерации 15 августа 1997 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 34. Ст. 3980.

Таким образом, публичным является любой договор, который удовлетворяет признакам, указанным в ст. 426 ГК. Сделанный вывод полностью относится к моделям соответствующих договоров, которые находятся за пределами Кодекса, в том числе и не названным ни в ГК, ни в ином правовом акте. Точно так же нет препятствий считать публичным урегулированный в самом ГК договор, который Кодекс прямо не именует таким. В этой связи интерес представляет договор банковского счета. Статья 846 ГК не содержит прямых указаний на публичный характер указанного договора. В то же время в ней выделен один элемент правового режима публичных договоров. Имеется в виду, что на банк возлагается обязанность заключить договор с клиентом, который обратился с предложением открыть счет на условиях, объявленных банком для счетов данного вида. Установлено, что банк не вправе отказать в открытии счета, если совершение соответствующих операций предусмотрено

законом, учредительными документами банка и выданной ему лицензией. Приведенное правило не действует только в случаях, когда такой отказ вызван отсутствием у банка возможности принять на банковское обслуживание либо допускается законом или иными правовыми актами.

При сопоставлении положений ГК о банковском счете с нормами о публичном договоре (ст. 426 ГК) нетрудно усмотреть, что абзац 2 п. 2 ст. 846 ГК, который предусматривает, что при необоснованном уклонении банка от заключения договора банковского счета клиент вправе предъявить ему требования, предусмотренные п. 4 ст. 445 ГК, по сути воспроизводит норму п. 3 ст. 426 ГК.

Приведенное правило, которое допускает при определенных условиях отказ от заключения договора банковского счета, укладывается целиком в ограничения, содержащиеся в самом п. 3 ст. 426 ГК, поскольку, как уже отмечалось, последний также возлагает обязанность заключения договора на коммерческую организацию только при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, работы и услуги. Это позволяет, казалось бы, с учетом самого характера взаимоотношений банка с его клиентами по поводу открытия банковского счета прийти к выводу о публичном характере соответствующего договора. Но если бы договор банковского счета действительно являлся публичным, из этого следовало бы, что даже при отсутствии соответствующего указания в ст. 846 ГК цена оказываемых банком услуг и другие условия соответствующего договора должны были бы быть одинаковыми. И соответственно отклоняющиеся от этого требования условия договора банковского счета должны признаваться ничтожными.

Однако в действительности это не так, В конечном счете по поводу природы банковского счета и возможности отнесения его к публичным

-дворам есть основания прийти к иному выводу. Договор, о котором нлет речь, при всем, что объединяет его с публичными договорами, нельзя включить в эту категорию, поскольку существует прямое указание в п. 1 ст 846 ГК, исключающее второй по счету обязательный признак публичного договора. Имеется в виду, что открытие счета производится «на условиях согласованных сторонами». Таким образом, есть основания полагать, что в виде общего правила в вопросе о содержании рассматриваемых договоров действует принцип «свободы договоров».

Интерес представляет позиция Пленума Верховного Суда РФ. В его Постановлении «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей» (имеется в виду редакция постановления от 17 января 1997 г.) в числе отношений, регулируемых законодательством о защите прав потребителей, указаны, в частности, предоставление кредитов для личных (бытовых) нужд граждан, открытие и ведение счетов клиентов-граждан, осуществление расчетов по их поручению'.

ГК при выделении публичных договоров в сфере банковской деятельности счел необходимым распространить соответствующий режим в полном объеме лишь на договоры банковского вклада, при которых вкладчиками выступают граждане (п. 2 ст. 834 ГК). В ряде случаев ГК содержит прямые отсылки к ст. 426 ГК (имеются в виду п. 2 ст. 492, п. 3 ст. 626, п. 2 ст. 730, п. 2 ст. 789, п. 2 ст. 834, п. 2 ст. 908, п. 1 ст. 919, п. 1 ст. 919). Однако само по себе отсутствие отсылки к ст. 426 ГК, как уже отмечалось, не может иметь решающего значения для определения возможности применения этой статьи.

В подтверждение необходимости руководствоваться при отнесении договора к числу публичных материальными, а не только формальными признаками (в частности, наличием прямого указания на этот счет в статьях ГК или в иных правовых актах) можно сослаться на регулирование договора об

энергоснабжении. Имеется в виду, что гл. 30 ГК, посвященная этому договору, не называет его или какую-либо его разновидность публичным договором. Между тем в п. 1 ст. 426 ГК в качестве примера публичной деятельности, с которой связаны такого рода договоры, указано энергоснабжение. Значит, соответствующий договор все-таки должен быть отнесен к публичным, а следовательно, на него необходимо распространить режим ст. 426 ГК. Однако, если бы такого упоминания и не было, есть все основания для признания такого договора публичным.

Одним из основных признаков публичных договоров, использованных в ст. 426 ГК, служит его строго ограниченный субъектный состав: потребитель и коммерческая организация.

См.; Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1997. № 3. С- 4.

Закон «О защите прав потребителя» называет потребителем гражданина, имеющего намерение заказать или приобрести либо заказывающего, приобретающего или использующего товары (работы, услуги) исключительно для личных (бытовых) нужд, не связанных с извлечением прибыли. Сама ст. 426 ГК оставляет открытым вопрос о том, кто может быть признан потребителем. В частности, из нее не вытекает, может ли выступать в качестве потребителя только гражданин или также и юридическое лицо. Что же касается норм, именующих публичным определенный тип (вид) договоров (имеются в виду статьи второй части ГК), то в них содержатся разные решения. Так, в одних в качестве потребителей названы или заведомо подразумеваются только граждане (п. 2 ст. 730, п. 2 ст. 834, п. 1 ст. 919, п. 1 ст. 923). В остальных вообще нет никаких прямых указаний на субъектный состав договора, именуемого публичным, но из статей, посвященных соответствующему виду (подвиду) договоров, можно сделать вывод, что в качестве соответствующей стороны, которой оказываются услуги или выполняются работы, могут выступить и юридические лица, и граждане (п. 2 ст. 492, п. 3 ст. 626, п. 2 ст. 789, п. 2 ст. 908, п. 1 ст. 927). Это позволяет сделать вывод, что применение ст. 426 ГК в принципе возможно независимо от того, противостоит ли коммерческой организации в качестве потребителя гражданин или также и юридическое лицо.

Приведенное в ст. 426 ГК определение позволяет выделить два характеризующих контрагента потребителя признака. В самой этой статье речь идет о коммерческой организации, т.е. такой, которая, как предусмотрено в п. 1 ст. 50 ГК, образована для извлечения прибыли в качестве основной деятельности и выступает в виде хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных предприятий. Однако применительно к ст. 426 ГК приведенное понятие «коммерческая организация» охватывает также предпринимательскую деятельность граждан. Исключение составляют случаи, когда иное вытекает из закона, других правовых актов или существа правоотношений (п. 3 ст. 23 ГК). Таких правовых актов, о которых идет речь в указанном пункте, нет. Что же касается «существа правоотношения», то именно оно и требует распространения правил о публичном договоре на индивидуальную предпринимательскую деятельность. В пользу этого вывода говорят интересы не только потребителей, но и коммерческих организаций. Имеется в виду, что если бы правила о публичных договорах распространялись только на них, коммерческие организации тем самым были бы поставлены в неравное положение в конкурентной борьбе с индивидуальными предпринимателями. Имеется в виду, что на последних не распространялись бы установленные правилами о публичном договоре ограничения договорной свободы в пользу потребителей, кроме тех, которые охвачены законодательством об охране прав потребителей.

К числу публичных относятся договоры, в которых контрагентами потребителя выступают не все

коммерческие организации (и точно так же не все индивидуальные предприниматели), а только те из них, которые по роду своей предпринимательской деятельности выполняют определенную публичную функцию. Указанное обстоятельство нашло отражение уже в самом наименовании договора. Публичность соответствующих договоров в ряде случаев особо подчеркнута в специальных нормах части второй ГК.

Примером может служить п. 2 ст. 789 ГК. Им признается публичным любой договор перевозки транспортом общего пользования, который, как следует из п. 1 той же статьи, заключен коммерческой организацией, если из закона, иных правовых актов или выданного этой организации разрешения (лицензии) вытекает ее обязанность «осуществлять перевозки грузов, пассажиров и багажа по обращению любого гражданина или юридического лица».

Названные в ст. 426 ГК виды деятельности коммерческих организаций составляют лишь примерный перечень. Поэтому в роли ограничительного признака они выступать не могут. Не является ограничительным признаком и указание в той же статье предмета договора. Это объясняется тем, что любые отношения, возникающие при осуществлении предпринимательской деятельности, как предусмотрено в п. 1 ст. 2 ГК, имеют своим предметом систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Значение включения приведенной выше нормы о предмете публичного договора (продажа товаров, выполнение работ, оказание услуг) состоит лишь в необходимости подтвердить, что публичным в принципе может считаться в случаях, когда он удовлетворяет другим необходимым требованиям, любой по его предмету предпринимательский договор с участием потребителя.

По этой причине, на наш взгляд, вызывает сомнение отнесение к числу признаков публичных договоров, выделенных в ст. 426 ГК, среди прочего, то, что коммерческая организация, о которой идет речь, должна осуществлять деятельность по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг'. Индивидуализирующим признаком вида (коммерческих организаций, на которые распространяется режим ст. 426 ГК) не может считаться то, что присуще всему роду (всем вообще коммерческим организациям как таковым).

При оценке такого признака, как характер осуществляемой коммерческой организацией (индивидуальным предпринимателем) деятельности, необходимо учитывать, что он имеет значение не сам по себе. а лишь в случае, когда соответствующий договор заключен сторонами в рамках деятельности, о которой идет речь. В литературе подчеркивалось, что «ст. 426

Гражданское право. Т. I. СПб., 1996. С. 442.

ГК РФ связывает реализацию норм о публичных договорах с характером фактической деятельности субъекта, а не с формальными ограничениями в учредительных договорах»*. Это указание несомненно справедливо, но только в случаях, когда сама по себе соответствующая деятельность не противоречит законодательству, например, правилу о специальной правоспособности, сохранившему, хотя и в смягченном виде, значение даже для некоторых коммерческих организаций (речь идет об унитарных предприятиях и иных видах организаций, которые указаны в законе, например банках).

ГК, как уже отмечалось, предусмотрел право Правительства РФ на издание типовых договоров, положений и иных правил, обязательных для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (п. 4 ст. 426 ГК), При сравнении указанного пункта с общим указанием относительно правотворческой компетенции Правительства РФ, закрепленным в п. 4 ст. 3 ГК, обращают на себя

внимание определенные ограничения сферы применения правительственных актов. В отличие от общего для всего гражданского права указания относительно компетенции Правительства РФ – то, что принятие им постановлений, содержащих гражданско-правовые нормы, возможно на основании и во исполнение настоящего Кодекса и иных законов, указов Президента РФ – ст. 426 ГК допускает издание тех же правительственных актов только тогда, когда это прямо предусмотрено вышестоящим актом, роль которого выполняет непременно закон. Таким образом, не основанные на прямом указании в законе акты Правительства РФ, изданные в соответствующей области, не имеют юридической силы. Потребность в ограничении прав Правительства РФ на издание нормативных актов в рассматриваемых случаях отражает общую тенденцию законодателя к жесткому регулированию публичных договоров. Не случайно та же ст. 426 ГК содержит по всем вопросам императивные, абсолютно обязательные нормы.

В самом Гражданском кодексе в главах и параграфах, посвященных

договорам, которые могут быть отнесены к «публичным», содержатся положения, предусматривающие возможность или необходимость издания правительственных актов. Так, п. 3 ст. 492 ГК и п. 3 ст. 730 ГК допускают применение к договорам розничной купли-продажи и соответственно бытового подряда законов о защите прав потребителей и иных правовых актов, принятых в соответствии с ними. Сходная норма содержится в п. 2 ст. 784 ГК, посвященном договору перевозки.

В последние годы Правительство РФ приняло ряд укладывающихся в рамки ст. 426 ГК актов. Речь идет, в частности, о Правилах, посвященных оказанию различных по характеру услуг. Для актов, принятых до вступле-

' Тотьев К. Публичный договор // Хозяйство и право. 1995. № 6. С. 3.

ния в силу ГК, правовым основанием служила ст. 1 Закона «О защите прав потребителей». В ней предусмотрено, что отношения в области защиты плав потребителей регулируются ГК, федеральными законами и правовыми актами РФ, при этом Правительство Российской Федерации не вправе по-пучать федеральным органам исполнительной власти принимать акты, содержащие нормы о защите прав потребителей. Указанное положение сохраняет свое значение и теперь, служа дополнением к п, 4 ст. 426 ГК.

Большая часть Правил, о которых идет речь, была принята Правительством (Советом Министров РФ) до принятия ГК, в основном в 1994 г. Некоторые из Правил приняты уже в соответствии с ГК. Примерами могут служить Правила предоставления платных медицинских услуг населению', Правила предоставления услуг междугородной и международной телеграфной связи2, Правила продажи новых автомототранспортных средств3, Правила предоставления гостиничных услуг4 и Правила бытового обслуживания населения в Российской Федерации5 и др.

Правила, издаваемые в описанном порядке, включают наряду с диспо-зитивными также императивные нормы. Последние, как следует из п. 4 ст. 426 ГК, необходимо безусловно учитывать сторонам. Соответственно в силу п. 5 все той же ст. 426 ГК условия договоров, противоречащие указанным нормам, признаются ничтожными. Поскольку, на это уже обращалось внимание, ст. 426 ГК допускает включение в закон или иной правовой акт норм, отличных от тех, которые запрещают коммерческой организации (индивидуальному предпринимателю) оказывать предпочтение одному лицу перед другим при заключении публичного договора, акт, издаваемый в соответствии с ГК или

принятым в его развитие законом, может смягчить указанный запрет, ограничить его или полностью от него отказаться. Что же касается запрета оказывать предпочтение одному лицу перед другим при формулировании условий договора, то в этом случае на долю правил остается только одна возможность: предоставить определенные льготы определенным потребителям.

ГК допускает возможность в предусмотренных в нем случаях издания регулирующих публичные договоры Правил и за пределами правовых актов. Имеются в виду, в частности, принятые в соответствии с транспортными уставами и кодексами правила перевозки (п. 2 ст. 784 ГК). Так, в силу ст. 102 Воздушного кодекса должны соблюдаться при выполнении воздушных перевозок пассажиров, грузоотправителей и грузов федеральные

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 3. Ст. 194. 2 См. там же. 1993. № 40. Ст. 3752. ^ См. там же. 1997. № 18. Ст. 2153.

См. там же.

См. там же. Ха 34, Ст. 3979.

авиационные правила, принимаемые в силу ст. 2 Кодекса в порядке, определяемом Правительством РФ.

11. ДОГОВОРЫ ПРИСОЕДИНЕНИЯ

Договоры присоединения составляют одну из важных новелл ГК. Смысл этих договоров состоит в том, что их условия определены одной из сторон в формулярах или в иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (п. 1 ст. 428). Последние слова приведенной нормы («в целом») составляют основной признак такого рода договоров. Это означает: «либо соглашаешься со всем, что я предлагаю, либо договора не будет». По указанной причине, возможно, более точным, чем присоединение, может считаться термин «продиктованный договор» (diktierter Vertrag) в немецком праве. Он позволяет выразить оба признака указанных договоров: и то. что лицо присоединилось, не имея возможности обсуждать его условия, и одновременно то, что оно вынуждено было в силу каких-либо причин поступить подобным образом (например, потому, что контрагент – шиноремонтная мастерская была единственной в населенном пункте, работавшей по воскресеньям).

Пожалуй, наиболее удачным является определение соответствующих договоров, которое было дано Л.С. Талем, Он усматривал смысл таких договоров в том, что «в них воле одной стороны принадлежит исключительное преобладание, проявляющееся в том, что она диктует свои условия уже не отдельному индивиду, а неопределенному количеству лиц. Но она же односторонне связывает себя на случай присоединения тех, кто примет условия договора и использует обязательства, коими предложивший связывает себя на случай присоединения тех, кто примет условия договора и использует обязательства, коими предложивший связал самого себя». При этом вслед за СаллеЙлем он признавал, что подобные договоры ближе к норме, чем к соглашению воли'.

Одна из основных сфер применения договоров присоединения – отношения с теми, кто занимает монопольное положение в области продажи определенных товаров, выполнения определенных работ или оказания определенных услуг. Имея в качестве контрагента монополиста, участник оборота вынужден этим обстоятельством – отсутствием конкуренции -согласиться на содержащиеся в

формуляре условия. В этой связи при характеристике негативных явлений, присущих рыночному хозяйству «капиталистических стран», в литературе обычно указывали на договор присоединения в качестве прямого и неизбежного следствия и господства моно-

' См.: ТальЛ.С. Указ, соч. С. б.

полистического капитала в обороте. На эти обстоятельства, в частности, об" пашали внимание почти в одно и то же время и Л.А. Лунц1, и Е.А. Флейшиц2.

Нормы ст. 428 ГК относятся к числу направленных на устранение возможного неравенства контрагентов в соответствующем договоре. В данном случае речь идет о последствиях того, что одна из сторон занимает заведомо более сильную по отношению к другой позицию. Ст. 428 ГК, как и ст. 427 ГК, в равной мере имеют в виду случаи использования формуляра договора. Но принципиальное различие состоит в том, что последняя норма («Примерные условия договора») рассчитана на положительную, более того заслуживающую поощрения практику, а первая («Договоры присоединения») – на практику анормальную, противоречащую основополагающим принципам гражданского права, а потому лишь вынужденную. По этой причине смысл ст. 428 ГК выражается в определенных ограничениях для такого рода практики, а в необходимых случаях- и в применении соответствующих санкций.

Договоры присоединения по своей природе относятся к тем договорным конструкциям, правовое регулирование которых основано не на их защите, а на настороженном отношении к ним законодателя.

Аномальный характер соответствующих договоров выражается применительно к их содержанию в сохранении лишь внешней формы соглашения, поскольку подлинно свободной в этом случае является воля лишь одной из сторон – той, которая прибегает для заключения договора к формуляру. Между тем регулирование обязательственных отношений в ГК построено на принципе свободы договоров, которому корреспондирует дис-позитивно-факультативное регулирование. Учитывая возможные негативные последствия использования договоров присоединения, законодатель ставит своей исключительной целью ограждение интересов тех, кого принудили обстоятельства заключить договор на основе предложенного формуляра, и для этой цели использует исключительно императивные нормы.

Л.А. Лунц называл договорами присоединения «договоры, содержание которых диктуется монополистическими организациями так, что лица, вступающие в сделки с этими организациями, лишь «присоединяются» к стандартным условиям, которые предлагаются им этими организациями» (Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран- М.: Юриздат. 1948. С.96).

Е.А. Флейшиц, характеризуя такого рода договоры, указывала на то, что «условия Договора не обсуждаются более сторонами, когда по крайней мере одна из них -монополистическая организация предлагает своему контрагенту выработанный ею «формуляр» договора и контрагенту остается принять предложенные ему условия, «присоединиться» к ним или отказаться от вступления в договор» {Флейшиц Е.А. "Уржуазное гражданское право на службе монополистического капитала. М.: Юриздат, 1948. С. 38).

Указанные нормы и составляют содержание ст. 428 ГК («Договор присоединения»).

Статья 428 ГК конкурирует определенным образом со статьями главы о сделках. Ее существенные особенности в этом смысле состоят прежде всего в том, что статьи главы о сделках, определяя случаи недействительности последних, имеют в виду в равной мере и договоры – юридические факты (например, сделки, нарушающие установленную законом форму), и договоры-правоотношения (например, сделки, совершенные с целью, противной основам правопорядка и нравственности). В данном же случае речь идет только о сделках (договорах) – юридических фактах. В этой связи справедливо подчеркивается, что «критерием выделения договора присоединения из всех гражданско-правовых договоров служит не существо возникших из него обязательств, как это имеет место при дифференциации договорных обязательств на отдельные виды договоров, и не характер деятельности одной из сторон (публичный договор), а способ заключения договора»'.

Нормы о недействительности сделок пользуются приоритетом по отношению к специальному правилу о договорах присоединения. Следовательно, если налицо указанные в главе «Сделки» пороки договора (сделки), применению подлежит, в зависимости от обстоятельств, та или иная норма, включенная в эту главу. Таким образом, в случае, предусмотренном в ст. 428 ГК, речь идет о договоре, отвечающем условиям действительности сделок. ;?

Продолжая сопоставление ст. 428 ГК со статьями о недействительности сделок, можно указать и на другие различия.

Так, применение ст. 428 ГК влечет именно расторжение или изменение договора. При этом изменение означает сохранение договора в измененном виде, а расторжение – прекращение его на будущее время. Соответственно при применении п. 2 той же статьи стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по договору до момента его изменения или расторжения (если иное не установлено законом или соглашением сторон), что не исключает заявления требований, основанных на неосновательном обогащении. В отличие от этого п. 3 ст. 167 ГК предусматривает, как правило, в виде последствия недействительности двустороннюю реституцию и лишь в случае, если из содержания оспоримой сделки вытекает такая возможность, – ее прекращение на будущее время. Недействительным признается договор, заключенный с нарушением одного из условий действительности, а договор присоединения должен непременно соответствовать всем таким условиям, т.е. быть правомерным. Указан-

Витрянстш В.В. Новые типы гражданско-правовых договоров // Закон. 1995- № 6. С. 93.

различие можно проиллюстрировать на примере естественных монопо-пий Закон РФ от 17 августа 1995 г.' предусмотрел в соответствующей области государственное регулирование, которое имеет целью достижение баланса интересов потребителей и субъектов естественных монополий, обеспечение доступности реализуемого ими товара для потребителей и вместе с тем эффективное функционирование субъектов естественных монополий.

Сфера действия указанного Закона строго ограничена. Она включает транспортировку нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам а также газа по трубопроводам, услуги по передаче электрической и тепловой энергии, железнодорожным перевозкам, услуги транспортных терминалов, портов, аэропортов, услуги общедоступной электрической и почтовой связи.

Смысл Закона состоит в том, чтобы применять указанные в нем методы регулирования. К числу последних относится ценовое регулирование, которое осуществляется посредством определения (установления) цен (тарифов) или их предельного уровня, определение потребителей, которые

подлежат обязательному обслуживанию, а если соответствующие потребности не могут быть удовлетворены в полном объеме, то установление минимального уровня обеспечения потребителей. И все это осуществляется для защиты прав и законных интересов граждан, обеспечения безопасности государства, охраны природы и культурных ценностей.

Для применения ст. 428 ГК не требуется установления того, что договор был совершен вследствие тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась, т.е. наличия тем самым признаков кабальной сделки. Если эти признаки окажутся налицо, потерпевшей стороне предоставляется право по собственному выбору построить свой иск на основе ст. 179 ГК, и тогда на ней лежит обязанность доказать наличие обстоятельств, характеризующих договор как кабальную сделку, или ограничиться предъявлением требований в рамках ст. 428 ГК. При последнем варианте она освобождает себя от необходимости доказывать как наличие тяжелых обстоятельств, так и то, что вторая сторона этим воспользовалась. Если при ситуации, предусмотренной ст. 428 ГК, будет избрана для применения ст. 179 ГК, это, помимо прочего, отразится на последствиях: сделка (договор) будет признана недействительной, а не прекратившей действие, и вместо двусторонней, как правило, реституции последует односторонняя с одновременным переходом всего полученного йяи подлежащего получению имущества действовавшей подобным образом стороны в доход Российской Федерации (ст. 179 ГК).

Закон «О естественных монополиях» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 34, Ст. 3426.

Статья 428 ГК конкурирует и со ст. 426 ГК. Различие между условиями применения каждой из этих статей состоит в том, что последняя рассчитана на специальный субъектный состав (договор заключен коммерческой организацией, которая осуществляет публичные функции, указанные в п. 1 ст. 426 ГК) в то время как применение норм о договоре присоединения может иметь место независимо от того, кто выступает в роли контрагентов. Кроме того, ст. 426 ГК вступает в действие независимо от воли стороны, которая, разумеется, свободна в использовании соответствующего права. В отличие от этого ст. 428 ГК рассчитана на выступление с соответствующими требованиями стороны, присоединившейся к договору (формуляру).

Таким образом, режим, установленный применительно к договорам присоединения, оказывается все же менее ущемляющим контрагента лица, чьи интересы обеспечивает своей защитой законодатель. Это обстоятельство дает основания сделать вывод, что, если заключенный договор попадает одновременно под действие обеих статей – 426 и 428 ГК, право выбора в применении той или другой статьи должно принадлежать потерпевшей стороне.

Условия применения ст. 428 ГК состоят прежде всего в том, что заключенный на основе формуляра договор либо лишает присоединившуюся к нему сторону прав, предоставляемых по договорам соответствующего вида (например, мастерская по ремонту электрических приборов не указала в формуляре на право заказчика обменять замененную деталь в случае, если она окажется недоброкачественной), либо исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательства (например, | транспортная организация – перевозчик включила в формуляр пункты, которыми она снимает с себя ответственность за сохранность груза), либо содержит другие, явно обременительные для присоединившейся стороны условия (например, в страховом полисе указаны не предусмотренные правилами страхования требования, предъявляемые к страхователю для получения страховой суммы). Расплывчатость последнего требования конкретизируется указанием на

то, что имеются в виду такие обременительные условия, которые соответствующая сторона не приняла бы, если бы у нее была возможность участвовать в определении условий договора.

Одна из принципиальных особенностей ст. 428 ГК, которая отличает ее от ст. 426 ГК, выражается в различном режиме, установленном в зависимости от того, кто именно является потерпевшей стороной. Речь идет об ограничении права последней на защиту своих интересов, если в этой роли выступает предприниматель. Для наступления указанных в рассматриваемой статье последствий (расторжения или изменения договора) эта сторона должна доказать, кроме наличия условий, о которых шла речь выше, что она не знала и не должна была знать, на каких условиях заключает договор.

Это возможно, например, в случае, когда лицо вынуждено было обстоятельствами направить соответствующую телеграмму о согласии заключить поговор несмотря на то, что сам формуляр не был ему показан.

Таким образом, основное условие применения ст. 428 ГК состоит в том что сторона была вынуждена принять навязанный ей договор или от-пельные условия. При этом вынудили ее обстоятельства, лежащие за пределами права, – то, что контрагент присоединившейся стороны был заведомо экономически более сильным и указанное обстоятельство использовал. Даже и при отсутствии прямых указаний на этот счет в ст. 428 ГК можно сделать вывод, что речь идет главным образом о предприниматзле, использующем свое монопольное положение в конкретном договоре. Существуют объективные предпосылки для появления ст. 428 ГК. Они состоят в том, что в противном случае контрагент присоединившейся стороны оказался бы вынужденным учитывать ее индивидуальные особенности и потребности- Между тем п. 1 ст. 428 ГК, в котором идет речь о формуляре, позволяет сделать вывод, что подразумевается массовое заключение сделок.

Для применения ст. 428 ГК необходимо установить прежде всего, что в договоре оказались условия, «явно обременительные» для присоединившейся стороны. Объективный характер соответствующего признака выражается в слове «явно». Имеется в виду, что речь идет об обременении, «ясном для всех и каждого».

Объективный характер подчеркивает и ссылка на то, что речь идет о лишении стороны прав, «обычно предоставляемых по договорам такого вида». Наконец, тот же признак объективности выражен и в слове «разумно». Интересы присоединившейся стороны признаются нарушенными и нуждающимися в защите не потому, что именно она с учетом ее личных интересов и особых обстоятельств не заключила бы договор, а иное: то, что любой и каждый («разумный») на ее месте поступил бы подобным образом (т.е. не стал бы заключать договор на заданных условиях).

Следует обратить внимание и на характер обременительных для стороны условий. «Лишение прав по договору», «исключение или ограничение ответственности» – только примерные наборы таких случаев. Сторона может доказать обременительный характер и любого иного условия договора (например, о сроке, месте исполнения и др.).

Для защиты интересов контрагента присоединившейся стороны, а в известной мере и для устойчивости оборота в случаях, когда в роли присоединившегося выступает предприниматель, помимо указанных выше, нужно, как уже отмечалось, установить еще одно обстоятельство: присоединившийся предприниматель должен доказать, что он не знал и не должен был знать, на каких условиях заключает договор. Однако для применения п. 3 ст. 428 ГК, ограничивающего в

известных границах права присоеди-

пившихся сторон на защиту их контрагента, он в свою очередь должен доказать, что договор заключен в рамках предпринимательской деятельности присоединившейся стороны.

Санкции, которые применяются в отношении контрагента вынужденно присоединившейся стороны, состоят в предоставлении этой последней права расторжения или изменения договора. При этом редакция соответствующей статьи позволяет сделать вывод, что, во-первых, выбор одного из последствий принадлежит присоединившейся стороне, а во-вторых, при любом варианте она может требовать и возмещения убытков, кроме случаев, когда заключение договора и его неблагоприятные последствия произошли по вине самой присоединившйся стороны. Постановление Пленумов от 1 июля 1996 г. № 6/8 разъяснило, что ст. 428 и 450 ГК не конкурируют между собой и соответственно присоединившаяся сторона (естественно, это относится и к ее контрагенту) может воспользоваться правом требовать изменения и расторжения договора по основаниям, указанным в ст. 450 ГК. Имеется в виду, очевидно, в первую очередь существенное нарушение договора контрагентом присоединившейся стороны'.

Смысл правового режима, установленного в ст. 428 ГК, выражен в ее пункте 2. В то же время п, 3 этой статьи представляет собой исключение из правил, содержащихся в п. 2.

Что же касается п. 1 той же статьи, то вряд ли его можно рассматривать просто в качестве разрешения использовать формуляр или иные нормы стандартов, поскольку такая возможность уже предусмотрена в принципе ст. 427 ГК. Очевидно поэтому основное назначение указанного пункта – определить границы действия соответствующей гарантии. Такие границы может устанавливать суд при разрешении конкретного спора, воспользовавшись признаками договора присоединения, указанными в п. 1 ст. 428 ГК. Но возможна и другая ситуация, когда ссылка на эту статью содержится в обязательном для сторон правовом акте. Так, например, Правила поставки газа потребителям Российской Федерации поручили Российскому акционерному обществу «Газпром» утвердить стандартные формы договоров между поставщиком газа и потребителем или газораспределительной организацией, а акционерному обществу «Росгазификация» – по согласованию с Российским акционерным обществом «Газпром» – стандартные формы договоров между газораспределительной организацией и потребителем. При этом установлено, что такие договоры заключаются в порядке, предусмотренном частью 1 ст. 428 Гражданского кодекса Российской Федерации,

Смысл приведенного акта состоит, очевидно, не в том, чтобы предоставить указанным акционерным обществам право составлять формуляры

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 18.

договора, а в ином: указать на то, что, -поскольку договоры, заключенные на основе стандартных форм, заведомо подпадают под действие п. 1 ст. 428 ГК на них должны распространяться соответственно второй и третий

пункты этой статьи.

С изложенных позиций, очевидно, должен быть расценен и п. 3 ст. 940 ГК. Имеется в виду содержащееся в нем указание на то, что страховщик при заключении договора страхования вправе применять разработанные им или объединением страховщиков стандартные формы договора (страхового полиса) по отдельным видам страхования. Прежде всего необходимо установить

значение указания в п. 3 ст. 940 ГК на право стороны применять стандартные формы. Такое право, как уже отмечалось, не нуждается в подтверждении: любой участник гражданского оборота может использовать стандартные формы, а потому в специальном упоминании на этот счет нет необходимости. Указание на это право могло бы иметь значение, если бы страховщиков (их стандартные договоры) вывели за рамки ст. 428 ГК и признали недопустимость распространения на них соответствующей нормы. Однако все нормы этой статьи, в том числе и те, которые предоставляют присоединившейся стороне право потребовать расторжения или изменения договора страхования в предусмотренных в ней случаях, носят императивный характер. Помимо этого любое ограничение действия ст. 428 ГК, включая и рассматриваемый случай, поставило бы в крайне затруднительное положение страхователей. Наконец, следует учесть, что толкование п. 3 ст. 940 ГК в указанном смысле, т.е. как способ ограничения ст. 428 ГК, неизбежно вступило бы в коллизию с п. 2 ст. 1 ГК, который допускает ограничение прав граждан только в предусмотренных в этом пункте случаях. Ни один из таких случаев (защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства) к данной ситуации отношения не имеет. По этой причине следует признать за страхователем возможность воспользоваться предусмотренным п. 2 ст. 428 ГК правом оспаривать заключенный со страховой компанией договор по указанным в нем основаниям.

Правовое регулирование договоров присоединения не исчерпывается ст. 428 ГК. Помимо нее необходимо учесть также и п. 2 ст. 400 ГК. Этот последний выделяет случай заключения договора присоединения гражданином, выступающим в роли потребителя. Такой договор подчинен особому режиму, который состоит в том, что согласие сторон на ограничение ответственности (Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. .№ 6/8 включило сюда и соглашения об исключении ответственности') ничтожно, если размер от-

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 18.

ветственности для данного вида обязательств или за данное нарушение определен законом. К этому добавляется и еще одно условие: недействительным признается в указанных случаях только такое соглашение, которое заключено до того, как наступили обстоятельства, которые признаются основанием ответственности, о которой идет речь. Эта последняя оговорка связана с тем, что в момент нарушения ответственности коммерческая организация, нарушившая договор, была лишена средств для оказания воздействия на потребителя. По этой причине смысл той части ст. 400 ГК, которая относится ко времени заключения соглашения, объясняется, как это очевидно, стремлением законодателя не лишать должника стимулов к надлежащему исполнению обязательства,

12. ТОЛКОВАНИЕ ДОГОВОРОВ

Потребность в толковании договора возникает в связи с неполнотой или недостаточной ясностью отдельных его условий, оспариванием его наличия, а также смысла используемых в нем понятий или его правовой природы. Суд прибегает к такому толкованию тогда, когда между сторонами возникает спор относительно сущности договора и отдельных его элементов. Более того, руководствуясь закрепленным действующими Арбитражным процессуальным кодексом РФ и Гражданским процессуальным кодексом РСФСР принципом состязательности, суд может осуществлять толкование договора только в случае, когда это сделано во исполнение заявленных сторонами требований.

ГК 22 и ГК 64 не содержали норм, посвященных толкованию договора. Впервые такие нормы

появились в Основах гражданского законодательства 1991 г. (ст. 59) и были впоследствии воспроизведены в ст. 431 ГК.

При оценке смысла указанных норм следует иметь в виду, что в принципе в законодательстве разных стран и в разное время существовали прямо противоположные исходные позиции'. Одни из них опирались на «теорию воли», а другие – на «теорию волеизъявления». Суть расхождений состояла в определении того, чему следует отдавать предпочтение при несовпадении воли и волеизъявления: тому ли, что написано в договоре или высказано сторонами при определении его условий, либо тому, что стороны в действительности имели в виду, выражая устно или письменно свое понимание соответствующих действий, и прежде всего оферты или акцепта.

Обзор иностранного законодательства по вопросам толкования договоров приведен в кн.: Май К.С. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. С. 73 и ел. Обзор литературы по соответствующим вопросам приведен, в частности, в статье: Сарбаш В.С. Некоторые тенденции развития института толкования в гражданском праве // Государство и право. 1997. № 2.

Различия между выводами, вытекающими из указанных исходных позиций, можно выразить на примере договора, отдельные условия которого оказались в него включенными одной из сторон по ошибке, иначе говоря, поступившей не так, как хотела.

С точки зрения теории воли соответствующие условия договора признаются несуществующими и приниматься во внимание судом, рассматривавшим дело, не должны. Если же за основу будет принята «теория волеизъявления», то суду придется пренебречь имевшей место ошибкой и никаких сомнений в действительности условий, о которых идет речь, у него возникать не должно. Суть последней теории выражается в поговорке «Ein Mann – Wein ort», смысл которой И.А. Покровский удачно выразил русским эквивалентом: «Слово не воробей, вылетит – не поймаешь^.

Если применить к указанным двум теориям общее положение о защищаемых правовых интересах, нетрудно установить, что «теория воли» направлена в соответствии с ее исходными положениями на защиту интересов слабой стороны (той, которая ошибалась), а теория «волеизъявления» " контрагента ошибающейся стороны (в более широком смысле – интересов оборота).

Становясь на позиции той или иной теории и защищая соответственно интересы определенной стороны в договоре, законодатель делает это, естественно, исключительно за счет контрагента. Весьма характерной является в этом смысле ст. 431 ГК. Она последовательно выражает положения теории волеизъявления. Такой вывод можно сделать уже из первой, ключевой ее нормы: «При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений». Однако следует иметь в виду, что и приведенная, и все другие нормы, включенные в ст. 431 ГК, применяются только к действительному по закону договору, т.е. при отсутствии предусмотренных в законе оснований признания его ничтожным или оспоримым (в последнем случае имеется в виду отсутствие заявления стороны об оспариваний сделки по одному из указанных в законе обстоятельств). Если же будет возбужден спор по поводу факта ничтожности договора или по поводу оспаривания заключенного договора, то в подобных случаях суд учитывает в равной мере пороки как волеизъявления, так и воли стороны (примерами могут служить мнимые и притворные сделки и наравне с ними сделки, заключенные под влиянием существенного заблуждения, обмана, насилия, угрозы или стечения тяжелых обстоятельств).

Следуя ст. 431 ГК, необходимо признать, что при толковании договора отклониться от буквального

значения содержащихся в нем слов и выра-

Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 237. О сущности и ^ории применения исходных положений обеих теорий см. там же. С. 62.

жений можно только в случае их неясности. Тогда буквальное значение устанавливается путем сопоставления соответствующего условия с другими, а равно смыслом договора в целом. Таким образом, целью толкования договора, опять-таки является установление того, что в нем в действительности выражено. Отсюда следует, что и приведенные дополнения целиком укладываются в рамки теории волеизъявления. В данном случае создается отличное от того, которое имеет место при толковании закона, положение:

приоритет отдается не тому, что имелось в виду, а тому, что было сказано.

По этой причине Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ счел достаточным для признания отсутствия соглашения сторон то, что имеющиеся в материалах дела телеграмма и письмо стороны не могут свидетельствовать о достигнутом соглашении, так как в них «отсутствуют четкое и определенное волеизъявление истца об отказе от исковых требований»'.

Статья 431 ГК (ее вторая часть) представляет собой запасной вариант при толковании. К нему обращаются только в случае, если, воспользовавшись указанным в ч. 1 той же статьи способом, все же не удается определить содержание договора или, что то же самое, результат изъявления воли. Тогда возникает проблема установления подлинной воли. При этом важно подчеркнуть, что речь идет о подлинной воле не каждой из сторон, а «общей воли», устанавливаемой с учетом цели договора.

Часть 2 ст. 431 ГК отнюдь не означает признания примата воли стороны по отношению к волеизъявлению. В качестве иллюстрации можно сослаться на такой пример. В договоре было недостаточно ясно сформулировано одно из условий, и соответственно представление о нем сторон разошлось. И тогда возникла необходимость определить, представлению какой из них следует отдать предпочтение. Последовательное применение теории воли могло бы означать, что приоритетом пользуется то, как представляла себе соответствующее условие сторона, которая его сформулировала. Однако, даже руководствуясь обоими пунктами ст. 431 ГК, следует прийти к иному выводу: преимуществом обладает представление контрагента стороны, сформулировавшей неясное условие.

Значит, решение может быть вынесено в пользу стороны, сформулировавшей условие, лишь в одном случае: если будет доказано, что условие в действительности являлось ясным и однозначно понимаемым. Эту последнюю ситуацию характеризует то, что лицо, требующее учитывать его собственную волю, не может считаться заслуживающим особой правовой защиты, поскольку оно заключило договор, не убедившись в однозначности использования содержащихся в нем слов и выражений.

Для установления цели договора, как предусмотрено ст. 431 ГК, необходимо принимать во внимание все «соответствующие обстоятельства». Их

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 1. С. 73.

кпуг законодатель не ограничивает. Имеется в виду, что указанные в этой статье обстоятельства – предшествующие заключению договора перегово-пы и переписка, практика, установившаяся во взаимных отношениях сто-dop обычаи делового оборота, последующее поведение сторон – все это составляет только примерный перечень.

При применении перечня, о котором идет речь, надлежит учитывать, что «переговоры» означают устное выражение воли, а потому, очевидно, могут использоваться лишь а случае, когда не требуется обязательной письменной формы договора под страхом недействительности. Такое условие как «переписка», предполагает зафиксированные в любом виде на бумаге позиции сторон, из которых можно судить об их воле. Под «практикой, установившейся во взаимных отношениях сторон», подразумевается оценка обстоятельств, которая позволяет сделать вывод о том, как понимали то или иное условие стороны в других, ранее связывающих их договорах. Понятие «обычаи делового оборота» употреблено в том смысле, какой ему придает ст. 5 ГК. Наконец, «последующее поведение» сторон означает различного рода действия (воздержание от действий), из которых можно сделать определенные выводы. Например, отгрузка товаров после истечения указанного в договоре срока и их оплата второй стороной дают основание сделать вывод, что контрагенты, очевидно, сочли договор продленным на неопределенный срок.

Примером не охваченных перечнем обстоятельств, которые могут быть использованы при толковании договоров, служат условия, содержащиеся, в частности, в соглашении о намерениях. Совершенно очевидно, что и они подпадают под признаки «соответствующих обстоятельств», о которых идет речь в ст. 431 ГК.

Для толкования договора ключевое значение имеет установление его правовой природы, от которой зависит в конечном счете весь комплекс вопросов, связанных с взаимоотношением сторон. Для установления природы договоров, а также более частных, связанных с этим вопросов суду приходится уяснить смысл осуществленного стороной волеизъявления и его соотношение с волей'.

В подтверждение может быть приведен ряд рассмотренных Высшим Арбитражным Судом РФ в порядке надзора дел. Так, был предъявлен иск о признании недействительными заключенных музыкальным обществом и малым коммерческим предприятием договора аренды и дополнительного соглашения, а также о возврате сторон в первоначальное положение. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отменил ранее вынесенные су-

См., в частности: Сейнароев Б.М. Некоторые вопросы толкования договоров арбитражными судами // Комментарий арбитражной практики. Вып. 3. М,: Юрид. ^ 1996. С.92-95.

дебные решения. При этом интерес представляют мотивы его постановления: «Не определена судом правовая природа договора и действительная воля сторон, т.е. не установлено, на достижение какого результата направлена сделка, без чего невозможно решить, в чем заключается возврат сторон в прежнее состояние»'.

А вот другое дело. Многопрофильное предприятие предъявило акционерному обществу иск о передаче горюче-смазочных материалов в натуре или взыскании их стоимости. В ходе рассмотрения дела возник вопрос:

является этот договор поставкой или займом? Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ было отмечено: принимая во внимание обстоятельства дела и учитывая волю сторон, следует признать, что между ними возникли отношения по договору займа2.

В обоснование значимости природы договора может быть приведено еще ряд дел. Акционерное общество закрытого типа предъявило иск к другому акционерному обществу о взыскании стоимости предоставленных услуг и штрафа за нарушение договорных обязательств. В своем постановлении Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал; «Анализ текста договора показывает, что он

является договором комиссии. В данном случае завод, выступая в качестве комитента, несет перед комиссионером обязательство по выплате ему комиссионного вознаграждения и возмещению | понесенных расходов. Поэтому предусмотренная соответствующими пунктами договора сторон неустойка за недопоставку продукции третьему лицу не может служить способом обеспечения обязательств комитента перед комиссионером и взысканию не подлежит»3.

Во всех приведенных делах при выделении определенных вопросов суд в первую очередь придавал значение буквальному смыслу договора, і

Притом в ряде случае этого было достаточно. Так, химический комбинат заключил с акционерным обществом открытого типа договор на отпуск и потребление электрической энергии. Однако стороны по-разному определили его правовую природу. Одна из них считала договор поставкой, а другая – договором на отпуск электрической энергии. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ обратил внимание на необходимость «принять во внимание буквальное значение содержащихся в договоре выражений».

' Вестник Высшего Арбитражного. Суда Российской Федерации. 1996. № 1. С. 34-35.

2 См. там же. С. 48.

3 Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № б. С. 48-49. Можно указать и на другие дела, рассмотренные тем же Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации. В одном из них шла речь о выборе между договорами комиссии и поручения, а в другом – между банковской гарантией и поручительством (см.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 6. С. 49 и 94).

Стороны предусмотрели в нем, что обязуются в своих взаимоотношениях руководствоваться нормами о пользовании электрической энергией, а не о поставке. По этой причине была признана невозможность применять акты, относящиеся к поставке1.

А вот другой пример. В договоре было указано, что увеличение арендной платы будет зависеть от повышения тарифов на энергоносители. В результате возник вопрос: связан ли с повышением тарифов на электроэнергию размер оплаты только за электричество или арендной платы в целом? Сославшись на ст. 431 ГК, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ обратил внимание на необходимость придерживаться буквально редакции приведенного пункта договора. Соответственно было признано, что, поскольку соответствующее условие помещено в раздел договора «Размер арендной платы и порядок взаиморасчетов», значение содержащихся в этом разделе слов и выражений «дает основание сделать вывод, что в соответствующем пункте предусмотрен механизм увеличения арендной платы, а не только платы за энергоносители»2.

Вместе с тем, руководствуясь ст. 421 ГК, суд в конечном счете иногда приходит к необходимости оценить особо волю сторон. Так, малое предприятие обратилось к ТОО с требованием о поставке предусмотренного договором количества масла и взыскании определенной суммы в виде штрафа за недопоставку. В постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ содержится указание на то, что в договоре мены, заключенном между сторонами, истец не указал отгрузочных реквизитов грузополучателя. Одновременно с договором между сторонами был заключен и договор хранения той же партии масла. С учетом приведенных обстоятельств, а также факта заключения истцом договора с третьей организацией Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал, что у истца в действительности не было намерения получить товар3.

В другом деле шла речь о понуждении комитета по управлению городским имуществом заключить договор купли-продажи здания АОЗТ. Истец заключил договор купли-продажи предприятия – кафе и аренды помещения. В указанном деле он требовал заключения с ним теперь и договора купли-продажи здания, ссылаясь на то, что договор аренды предполагал возможность последующей покупки здания арендатором. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ не согласился с истцом, указав, что «в намерение ответчика входило лишь заключение договора аренды здания, но не его продажи»4.

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 7. С. 33.

2 См, там же. 1997. №6. С. 45.

3 См, там же. 1996. №6. С. 75.

4 Там же. 1997. №5. С. 71.

Редакция ст. 431 ГК отличается о той, которая включена в ст. 8 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров. Прежде всего обращает на себя внимание, что норма, которая непосредственно посвящена толкованию договоров, в Конвенции отсутствует. Вместо этого в ней помещено общее положение, посвященное «толкованию заявления и иного поведения стороны». При оценке указанных обстоятельств следует иметь в виду, что по крайней мере практика Международного коммерческого Арбитражного Суда при Торгово-промышленной палате РФ применяет Конвенцию не только к односторонним действиям, но и к договорам в

целом1.

Так, в ст. 8 Конвенции предусмотрено, что заявления и иное поведение стороны должны толковаться в соответствии с ее намерением, если другая сторона знала или не могла не знать, каково было это намерение. Однако при неприменимости приведенной нормы поведение сторон должно быть истолковано в соответствии с пониманием, которое «имело разумное лицо», при этом «действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах».

Комментируя смысл указанной статьи, М.Г. Розенберг выделил то обстоятельство, что под «разумным» подразумевается лицо, «подход которого соответствует общепринятым критериям разумности его поведения», а потому «должны учитываться, например, технические и коммерческие зна' ния и опыт соответствующего лица»2.

Позицию Венской конвенции можно считать средней между двумя концепциями; «воли» и «волеизъявления» – и выражающей тем самым стремление уравновесить одновременно защиту интересов и оборота и слабой стороны. Исходным для нее является следующее: в основе толкования должны лежать намерения стороны (т.е. ее воля), однако только при условии, что другая сторона «знала или не могла не знать, каково было это на-

' См.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. С, 55-57. Заслуживает внимания сделанное там же автором замечание относительно того, что аналогичным образом в случаях, когда применяется ГК, в котором в отличие от Венской конвенции есть норма о толковании договоров, но нет такой же нормы о толковании односторонних сделок, при толковании последних есть полная возможность руководствоваться нормами ст. 431 ГК «Толкование договора».

" Сходную позицию – ту, которая выражена во Французском гражданском кодексе (имеется в виду ст.

1156; «При рассмотрении соглашений нужно исследовать в первую очередь, каково было обоюдное намерение договаривающихся сторон, а не останавливаться на буквальном смысле выражений»), отстаивал Г.Ф. Шершеневич. В этой связи он расходился с позицией составителей проекта Гражданского уложения. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.,С. 522. В ст. 72 Проекта было предусмотрено: «Договоры должны быть изъясняемы по точному их смыслу, по доброй совести и намерению лиц, их заключающих».

мерение». Следовательно, в случаях, когда не доказано, что вторая сторона действительно «знала или не могла не знать», надлежит руководствоваться исходными положениями теории воли'. Наконец, требования относительно путей установления подлинного намерения стороны совпадают с теми, которые содержатся в ст. 431 ГК (имеется в виду отсылка к «соответствующим обстоятельствам»), и с тем же, что и в ГК, примерным перечнем: переговоры, любая практика, которую стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон. При этом так же, как и в ГК, здесь нет раз и навсегда установленного приоритета:

тот, кто осуществляет толкование, может отдать предпочтение любому из входящих в перечень обстоятельств.

Толкованию уделено большое место в разработанных УНИДРУА Основных принципах международных коммерческих договоров. Указанные Основные принципы, как отмечалось, являются обязательными для сторон только тогда, когда в договоре содержится к ним прямая отсылка. Кроме того, как видно из их названия, они рассчитаны на внешнеэкономические договоры. Однако ряд содержащихся в них положений, в том числе относящихся к толкованию договоров, может быть с успехом использован независимо от характера договора, а также наличия в нем отсылки к Основным принципам. Разумеется, речь может идти только о рекомендациях, которые не противоречат ст. 431 ГК.

Прежде всего заслуживает внимания указание на то, что условия и выражения, употребляемые в договоре, должны толковаться в свете всего договора, а значит, как его неотъемлемая часть.

Поскольку каждое условие договора разрабатывается сторонами для какой-то определенной цели, толкование договора должно быть направлено на сохранение всех его условий путем придания каждому из них соответствующего смысла.

Наконец, рекомендуется при оценке договорного условия, нуждающегося в толковании, учитывать, в чьих интересах оно дано. Соответственно по общему правилу надлежит отдавать предпочтение именно тому толкованию, которое исходило от стороны, против которой оно введено. Каждое из условий должно толковаться в свете всего договора или заявления, в

Исходные начала этой позиции напоминают те, которые содержатся в ст. 174 ГК, посвященной последствиям ограничения полномочий на совершение сделки. Указанная статья предусматривает необходимость исходить при определении полномочий представителя из того, как они «определены в доверенности, в законе либо как они могут считаться очевидными из обстановки, в которой совершается сделка». Однако этим явным приоритетом волеизъявления над подлинной волей руководствуются только в случаях, когда «будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанных ограничениях».

котором оно появилось. К этому официальные комментаторы добавляют, подобно тому как имеет место в отношении норм толкования, признание приоритета специальных условий по отношению к

общим. Восполнение недостающих условий производится с учетом намерения сторон, характера и цели договора, добросовестности и честной деловой практики, а также разумности'.

См.; Принципы международных коммерческих договоров. М., 1996. С. 15 и ел.

ГЛАВА IV. ДОГОВОР-ПРАВООТНОШЕНИЕ

1. ДОГОВОРА СИСТЕМЕ ВЕЩНЫХ И ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Гражданские правоотношения принято делить по различным признакам. При этом, как правило, на основе двучленной формулы. Из всех видов образованных таким образом пар «вещное – обязательственное» имеет особое значение. Это связано с тем, что в отличие, например, от такого, как «имущественное – неимущественное» или «абсолютное – относительное», рассматриваемое деление позволяет в одно и то же время индивидуализировать вещные и обязательственные правоотношения, вещные и обязательственные права, а равно вещные и обязательственные нормы, составляющие в совокупности одноименные институты.

Деление на «вещное» и «обязательственное», которое берет начало в римском праве, сохранило значение прежде всего в законодательстве континентальных стран. И если в кодексах, построенных по институционной системе (пример – Французский гражданский кодекс), это деление проявляется не столь явственно, то в кодексах, использовавших пандектнуго модель (от Германского гражданского уложения и до кодексов Российской Федерации), оно имеет основополагающее значение. Речь идет о том, что один из центральных разделов гражданских кодексов Российской Федерации составляло «Обязательственное право» с его обширным правом договорным.

Вместе с тем ГК 1922 г. имел и весьма емкий раздел «Вещное право», который объединил право собственности, право залога и право застройки.

В Кодексе 1964г. по ряду причин, скорее идеологических, чем юри-дико-технических, вещное право было сведено к праву собственности. Но уже в действующем Кодексе вещное право оказалось восстановленным. При этом соответствующий раздел (раздел II ГК) в состав незамкнутого перечня вещных прав включал право собственности, а с ним и права пожизненного наследуемого владения или постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, сервитута, хозяйственного ведения и оперативного управления имуществом. Соответствующая статья ГК (ст. 216) сделала этот перечень незамкнутым, открытым.

Обязательственное право в новом ГК составляет содержание уже двух разделов ГК, один из которых посвящен общим положениям обязательственного права, а другой – отдельным видам обязательств.

Вместе с тем деление на «вещное» и «обязательственное» приходится проводить применительно и к другим институтам ГК. В частности, оно должно найти отражение в будущей третьей части Кодекса. Имеются в виду один из самых древних институтов – «наследственное право» и один из самых новых – «интеллектуальная собственность» («исключительные права»),

Смысл любой классификации состоит в конечном счете в том, что соответствующее понятие относят к определенной группе. При этом учитывается, что оно обладает родовыми признаками этой группы

и одновременно то, что в нем отсутствуют родовые признаки, присущие другим группам.

Однако так обстоит только в принципе. На практике приходится часто сталкиваться с тем, что определенное понятие в одно и то же время обладает набором свойств (признаков), присущих разным группам. А в результате наряду с основными, давшими название всему делению группами появляется еще одна, смешанная.

Для сферы гражданского права наиболее убедительно это было показано в литературе применительно к абсолютным и относительным правоотношениям (правам)'. Примером смешанной группы при таком делении может служить доверительное управление. Имеется в виду, что отношения между доверительным управляющим и его контрагентом-учредителем управления носят относительный характер. Однако благодаря тому, что доверительный управляющий осуществляет по отношению к переданному имуществу правомочия собственника (ст. 1020 ГК), соответствующее правоотношение приобретает черты абсолютного.

Учитывая возможность существования смешанных правоотношений, О.С. Иоффе полагал, что деление на абсолютные и относительные право-

' См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юриз-дат, 1940. С. 23 и ел. ; Иоффе О.С. Советское гражданское право, 1958- С. 75 и ел. ;

Райхер В.К. Абсолютные и относительные права // Известия экономического факультета Ленинградского политехнического института. Вып. I. 1928. Д.М. Генкин, выступавший за деление прав на абсолютные и относительные, поскольку это имеет «весьма существенное познавательное значение» (Генкин Д.М. Право собственности в СССР. М.: Госюриздат, 196!. С- 46), вместе с тем сопровождал указанные им различия обоих видов прав оговоркой «как правило» (см., например, там же. С. 43). А обычно выдвигаемый в качестве основного признак абсолютных правоотношений, ~ любой и каждый обязан воздержаться от нарушения моего права, оценивал как искусственную конструкцию. При этом он ссылался на то, что «едва ли гражданин, не искушенный в премудростях тонких цивилистических концепций, поймет, что он состоит в правовом отношении с неизвестным ему лицом, обязывающем его воздерживаться от нарушения неизвестной ему сферы отношений собственности неизвестного ему лица» (там же. С. 37-38).

отношения «носит в высшей степени условный характер» . И все же, несмотря на резко негативное отношение к указанному делению, О.С. Иоффе признавал его практическое значение, поскольку закон формулирует различные правила для абсолютных и относительных правоотношений, вследствие чего «такая классификация имеет под собой определенные разумные основания»2.

Сходная ситуация характеризует и деление правоотношений на вещные и обязательственные. В самом общем виде различие между ними усматривают в том, что вещные права имеют своим предметом вещь, носят абсолютный характер, будучи связаны с вещью, следуют за ней и, наконец, предполагают активность носителя права и одновременно пассивность тех, кто ему противостоит. Для обязательственных правоотношений характерно то, что их предметом служит действие определенного лица (должника), они являются относительными, следуют за должником и предполагают активность этого последнего, противостоящего управомоченному лицу-кредитору.

Часть складывающихся в гражданском обороте правовых связей действительно отвечает перечисленным признакам либо вещных, либо обязательственных правоотношений. И все же едва ли не большинство гражданских правоотношений является смешанными – «вещно-

обязательственными».

Существование таких правоотношений подтвердил в работе, написанной на основе уже действующего Кодекса, Ю.К. Толстой. Автор вначале выделяет признаки, индивидуализирующие вещное право. Имеется в виду «бессрочный характер, объектом является вещь; требования, вытекающие из вещных прав, подлежат преимущественному удовлетворению по сравнению с вытекающими из обязательственных прав; вещному праву присуще право следования, вещные права пользуются абсолютной защитой». Вслед за этим, прослеживая один за другим проявления каждого из этих признаков, Ю.К. Толстой убедительно доказывает, что могут существовать вещные правоотношения, лишенные каких-либо из указанных им признаков, как, и напротив, обязательственные, которым такие вещные признаки присущи3.

См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. 1958. С. 75.

2 См. там же. С. 75-76.

3 См.: Гражданское право. СПб., 1996. С. 286.

Такой же позиции еще ранее придерживался О.С. Иоффе Отвергая в принципе деление прав на вещные и обязательственные со ссылкой главным образом на то, что ко времени издания его работы Кодекс фактически свел все вещное право к одному лишь праву собственности, О.С. Иоффе указал на следующее: «Мы не будем касаться вопроса о том, в какой мере подобная классификация гражданских прав оправдана теоретически, в какой степени приведенные признаки действительно позволяют отграничить друг от друга права вещные и обязательственные» (Иоффе О.С. Советское гражданское право. 1958. С. 76).

На первый взгляд может показаться, что наличие смешанных правоотношений вступает в противоречие с существующим разделением вещного и обязательственного права в ГК. Однако, как признавал М.М. Агарков главным образом на примере, связанном с парой «вещные – обязательственные» и другой парой – «абсолютные – относительные» правоотношения, соответствующее смешение касается исключительно правоотношений и не затрагивает существующего разграничения самих норм'.

Проследить смешение вещного с обязательственным можно уже на примере основного обязательственного правоотношения – договорного.

Общепризнано, что обязательство, в том числе порожденное договором, направлено на переход вещи от одного лица к другому. При этом указанный переход осуществляется в результате исполнения одним из контрагентов – должником – лежащей на нем обязанности. Так происходит в договоре купли-продажи, когда продавец во исполнение лежащей на нем обязанности передает имущество в собственность контрагенту-покупателю. Аналогичная обязанность может лежать и на обеих сторонах. Это имеет место, например, при договоре мены. Из данного договора вытекает обязанность каждой из сторон передать имущество контрагенту в собственность и корреспондирующее ей право – требовать предоставления эквивалента переданного имущества. Подобная конструкция целиком отвечает Бирлинговской концепции двух родов объектов правоотношений. В данном случае объектом первого рода служат действия обязанного лица, а роль объекта второго рода играет вещь, которая в результате такого действия должна быть передана (изготовлена и передана)2.

Однако не все договоры укладываются в указанную схему и далеко не всегда передача на основе

договора вещи представляет собой исполнение обязательства должником. Определенное распространение получили договоры, которые самим фактом своего создания порождают у контрагента вещное право, прежде всего право собственности. В соответствующих случаях передача вещи происходит на стадии возникновения договора, а не его исполнения. Имеются в виду так называемые вещные договоры, объектом которых служат не действия обязанного лица, а непосредственно соответствующие вещи, как это вообще свойственно правоотношениям вещным3.

' См.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 31.

2 О концепции объектов первого и второго рода (объекты первого рода – человеческие действия, а второго – вещи, на которые должны быть направлены указанные действия), в частности, см.: Иоффе О.С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во ЛГУ, 1949. С. 76 и ел.; а также: Агарков М.М. Указ. соч. С. 22.

3 В советской литературе о вещных договорах, т. е. о договорах, порождающих право на вещь не в результате действий обязанных лиц. как это имеет место, например,

Вещный договор по своему характеру имеет некоторое сходство с реальными договорами. Именно таким договорам присуще отсутствие разрыва во времени между заключением договора и возникновением порожденного им вещного права. Таким образом, действия стороны, которые выражаются в передаче вещи контрагенту, являются разновидностью актов (действий), с которыми связано самое возникновение обязательства, а не его исполнение. Речь идет, таким образом, о невозможности ситуации, при которой вещь еще не передана, а договор уже заключен.

Рожденное из вещного договора право, в отличие от прав, возникающих из обязательственных договоров, имеет своим непосредственным предметом вещь. И как таковое это право является с самого начала не относительным, а абсолютным. Несомненный интерес представляют соображения, высказанные по поводу сущности такого рода договоров Г.Ф. Шершеневичем: «В громадном большинстве случаев договор направлен к установлению обязательственного отношения, так что договор и обязательство чаще всего находятся в связи как причина и следствие. Однако область договора выходит за пределы обязательственных отношений, как в свою очередь и обязательства могут иметь в своем основании не договор, а другой юридический факт, правонарушение, неосновательное обогащение. Договор лежит в основании брака, которым создаются права личной власти, в основании передачи вещи, которой создается вещное право (вещный договор), – такой договор обязательственного отношения не создает»'.

С изложенных позиций вызывает интерес продолжавшаяся на протяжении многих лет дискуссия о природе договора дарения. Так, в свое время К.П. Победоносцев усматривал смысл дарения в перенесении права собственности одним лицом на другое в момент достижения согласия сторонами2. Его оппонентом выступал Г.Ф. Шершеневич3, утверждавший, что дарение не всегда совпадает с моментом соглашения и тогда между дарителем и одаряемым устанавливается обязательственное отношение. Совершенно очевидно, что такого рода возражения были им направлены на превращение дарения из реального в консенсуальный договор. Таким образом, оказывается, что и Г.Ф. Шершеневич, и все другие авторы, разделявшие его взгляды, считали, что в договоре дарения момент перехода права собственности не всегда совпадает с моментом достижения соглашения и тогда ме-

при подряде, купле-продаже и т.п., непосредственно упоминалось крайне редко (одно из таких упоминаний содержалось в учебнике «Советское гражданское право», Т. 1. М.:Юрид.лит., 1965. С.

439 (автор -Кабалкин А.Ю.)). ' Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Т. II, С. 72.

2 См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. II. СПб., С. 365.

3 См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. II. С. 127.

жду дарителем и одаряемым устанавливаются обязательственные правоотношения. Но это-то как раз и присуще консенсуальному договору дарения в отличие от реального, который имел в виду К.П, Победоносцев.

В послереволюционный период вопрос о природе договора дарения обсуждался применительно к Гражданским кодексам 1922 г. и 1964 г. В первом из них указанный договор определен как «договор о безвозмездной уступке имущества». Обращая внимание на его особенности, К.А. Граве ограничился указанием на то, что этот договор является безвозмездным и односторонним. Вопрос о реальном или консенсуальном характере договора им не поднимался'.

Интересны в этой связи взгляды О.С. Иоффе применительно к тому же Кодексу 1922 г. Он обратил внимание на то, что если бы дарение было признано реальной сделкой, то речь пошла бы о весьма своеобразном договоре, который вообще не порождает никаких обязательственных правоотношений для его контрагентов. В самом деле передача вещи означала бы совершение сделки и потому никаких обязанностей для дарителя возникнуть не могло бы, а одаряемый также не является обязанным лицом «в виду одностороннего договора дарения»2.

Как впоследствии доказывалось автором, подобный тупик образовался в связи с тем, что не была использована конструкция вещного договора. Все дело, в том, что вещный договор в принципе не предполагает какого-либо обязательственного правоотношения. Его функция ограничивается тем, что речь идет именно о договоре-сделке. И как таковой он не укладывается в рамки, обычные для классификации договоров. Это относится, в частности, к делению договоров-правоотношений (и только их!) на односторонние и двусторонние. Характеристика односторонности и двусторон-

ности сделки (договора-сделки) имеет, как хорошо известно, совсем иное значение.

Кодекс 1922 г. фактически воспринял позицию Свода законов гражданских, который, подобно Французскому ГК (см. титул II книги III), вынес дарение за рамки договоров и рассматривал его как одно из оснований «приобретения и укрепления прав на имущество в особенности» (глава I раздела 1 книги 3 тома X части I).

Ситуация изменилась в ГК 1964 г. Имеется в виду его ст. 256, которая предусмотрела, что по такому договору одна сторона передает другой безвозмездно имущество в собственность. Заключение договора дарения тем самым связывалось с моментом передачи вещи.

Анализируя этот вариант дарения, О.С. Иоффе воспроизвел прежде всего собственную, относящуюся к периоду действия ГК 22 аргументацию

' См.: Отдельные виды обязательств. М.: Госюриздат, 1954. С. 126. 2 См.: Иоффе О. С. Советское гражданское право. 1961. С. 126.

против признания этого договора консенсуальным. Автор отметил одновременно и те трудности, с которыми пришлось бы столкнуться при отнесении дарения к числу реальных договоров. И именно тогда им был приведен ряд убедительных аргументов в пользу вывода о том, что дарение является вещным договором'.

Спорным нам кажется лишь то, что О.С. Иоффе, как и К.А. Граве, считал необходимым при конструкции вещного договора отнести дарение к числу односторонних договоров. В подтверждение этого вывода приводился такой аргумент. Одаряемый становится собственником имущества, не принимая на себя каких-либо обязанностей перед дарителем, который, в свою очередь уступая право собственности одаряемому, не приобретая каких-либо прав2. Однако приведенное положение позволяет, думается, лишь сделать вывод о том, что у дарителя при описанной модели дарения вообще не возникает никаких прав по отношению к одаряемому. Но остается выяснить, какие именно обязанности дарителя корреспондируют тому праву одаряемого, наличие которого позволило указанным авторам считать договор односторонним. Совершенно очевидно, что если речь идет «об обязанности передать дар», то тогда исключается полностью возможность использовать конструкцию вещного договора. Дарение превращается в обычный консенсуальный договор. Однако это заведомо не укладывалось в рамки, установленные Кодексом 1964 г. Таким образом, от конструкции одностороннего договора дарения приходится отказаться применительно к дарению по модели ГК 64.

Правовое регулирование дарения в действующем Гражданском кодексе РФ отличается существенными особенностями. Статья 572 (п. 1) ГК называет дарением договор, по которому «одна сторона (даритель) безвозмездно передает другой стороне (одаряемому) вещь в собственность». Указанная конструкция, в частности, обладает той особенностью, что отмена дарения невозможна (ст. 578 ГК). Налицо, следовательно, обычный вещный договор.

В то же самое время та же ст. 572 ГК называет дарением и такой договор, в котором одна сторона (даритель) безвозмездно обязуется передать другой стороне (одаряемому) имущественное право (требование) к себе или к третьему лицу либо освобождает или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или перед третьим лицом. В этом втором варианте, при котором дарение носит консенсуальный характер, есть все основания рассматривать указанный договор как сделку (юридический факт) и как определенное обязательственное правоотношение. Важно подчеркнуть, что только при консенсуальном варианте дарение может счи-

' См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 396. 2 См. там же. С. 395.

•гаться обычным односторонним договором'. В подтверждение этого есть смысл обратиться к гл. 32 Кодекса «Дарение». Все статьи этой главы, действительно посвященные содержанию договора (правам и обязанностям его сторон), относятся именно к консенсуальному договору дарения. Общими для консенсуального и вещного договора являются лишь статьи, в которых идет речь о возможности и порядке заключения договора, а также о случаях возврата дара. Общий для всех видов дарения признак выражен и в абз. 2 п. 1 ст. 572 ГК, который рассматривает дарение, предусматривающее встречную передачу вещи или права либо встречное обязательство, как мнимую или притворную сделку.

Существующие вещные договоры не укладываются, в отличие от реальных, в рамки обязательственных правоотношений и соответственно могут рассматриваться как один из случаев проникновения вещных элементов в обязательственное правоотношение.

Вещный договор отличается не только от консенсуальных, но, в конечном счете, и от реальных договоров. Имеется в виду, что реальные договоры относятся к категории обязательственных. Это означает, что такие договоры хотя и возникают с передачей вещи, но вместе с тем порождают обычное обязательственное правоотношение с наличием у сторон взаимных прав и обязанностей. Примером могут служить договоры ренты в различных их вариантах, а также договор перевозки.

Отмеченная тенденция к смешению вещных и обязательственных элементов не исчерпывается выделением вещных договоров. Это стало особенно ясным в период разработки проекта Гражданского Уложения в России. Одну из наиболее широких дискуссий вызвали две статьи проекта, в которых были выражены применительно к обязательствам черты, присущие вещно-правовым способам защиты. Речь идет о ст. 133 и 134 Проекта2. Первая из них предусматривала, что «веритель в случае неисполнения должником обязательства, имеющего предметом передачу определенного имущества, вправе просить суд об отобрании имущества от должника и передаче ему, верителю». Вторая, которая подобно первой имела дело с конструкцией, обладавшей элементами вещно-правового характера, указы-

' Еще одна особенность консенсуального договора дарения состоит в том, что ст. 577 ГК допускает при указанных в ней обстоятельствах отказ дарителя от исполнения договора. В частности, выделена ситуация, при которой после заключения договора имущественное или семейное положение или состояние здоровья дарителя изменились настолько, что исполнение договора в новых условиях приведет к существенному снижению уровня его жизни.

2 Нумерация приведена применительно к проекту, внесенному в Государственную думу 14 октября 1913 г. В редакции 1899, 1903 и 1905 гг. это были соответственно статьи 120,98 и 1658, атакже 121,99 и 1659.

вала на то, что, «в случае неисполнения должником обязательства, имеющего предметом совершение действия, для которого не требуется личного участия должника, веритель вправе с разрешения суда совершить действие за счет должника. Разрешения суда не требуется, когда совершение верителем за счет должника действия представляется не терпящим отлагательства».

Одним из наиболее активных противников включения соответствующих норм был Н.И. Трепицын. Он утверждал, что тем самым составители проекта «вступили по этому вопросу на совершенно ложный путь (допустив в обязательствах принудительную передачу вещей. " Авт.)»1. Авторы проекта были обвинены в том, что они «совершенно неправильно приписывают обязательствам такую силу, которая принадлежит только правам

вещным»2.

Сходные сомнения, но уже адресованные не авторам проекта Гражданского уложения, а Сенату, высказывал Г.Ф. Шершеневич. Смысл их сводился к следующему: «Так как активный субъект имеет право на действие пассивного субъекта, а не на его личность или волю, то он не может вынуждать исполнения при помощи собственных сил или при содействии правительственных органов»3. Соответственно в качестве особенности обязательственного права, в отличие от права вещного, было указано на то, что кредитор «имеет только право требовать от должника исполнения, с угрозой взыскать со всего его имущества ценность неосуществленного интереса»4. Тем самым, в отличие от приведенных статей проекта, Г.Ф. Шершеневич также отвергал возможность обращения взыскания на имущество должника без его личного участия.

Противоположную позицию, направленную на поддержку Проекта, занимал И.А. Покровский. По поводу приведенных взглядов он писал: «С этим мнением согласиться невозможно. Требования кредитора о передаче ему in natura купленной вещи, раз она находится в руках должника, или о передаче ему сданной квартиры, раз она еще никем не занята, опирается, конечно, не на его вещное право, которого у него нет, а на его обязательственное право, в силу которого должник обязан к такой

передаче»5.

Таким образом, прямой вывод из приведенного положения И.А. Покровского сводится к следующему: субъективное – обязательственное по своей природе – право способно к защите его с помощью средств, сходных

' Трепицын И.Н. Гражданское право губерний Царства Польского и русское. Варшава, 1917. С. 6-7. Там же.

3 Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 441.

4 Там же.

5 Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. С. 233.

с теми, которые применяются к такому же субъективному, но иному, по своей природе вещному праву.

ГК пошел в соответствующем вопросе по пути проекта Гражданского уложения России. Имеется, в частности, в виду, что в гл. 25 «Ответственность за нарушение обязательств» содержатся две статьи: «Исполнение обязательства за счет должника» (ст. 397 ГК) и «Последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь» (ст. 398 ГК). По своему содержанию они совпадают с теми, которые на этот счет содержались в приведенных положениях проекта Гражданского уложения России.

В рассмотренных выше случаях речь шла о возможности использовать вещные элементы в обязательственном правоотношении.

В современном гражданском праве в гораздо большем объеме, чем ранее, выражается одновременно прямо противоположная тенденция: в вещ-но-правовых конструкциях проявляют себя обязательственно-правовые элементы'. Это находит подтверждение, в частности, в основном вещно-правовом институте – праве собственности. Имеется в виду, что признание объектом соответствующего правоотношения «вещи» становится в ряде случаев слишком узким. Речь идет о том. что хотя в принципе вещным правоотношениям присущи такие особенности, в частности, как следование права за вещью, а равно возможность использования таких средств защиты, как виндикационные и негаторные требования, эти же правоотношения могут включать в себя определенные права на действия второй стороны в них.

В Риме указанное обстоятельство выразилось прежде всего в расширенном представлении о понятии «вещь», которое охватывало, помимо собственно «вещи», также и права. Это, среди прочего, породило представление о делении вещей на res corporales (вещи телесные) и res incorporales (вещи бестелесные)2.

Подтверждением того, что объектом права собственности или иного вещного права в ряде случаев служит обязательственное по своей природе право и тем самым создается конструкция «права на право«. можно найти в ряде статей нового Гражданского кодекса. В частности, речь идет о таком

' М.М. Агарков обращает внимание на то, что в древнейшем римском праве «обязательство тесно примыкало к вещному праву и представляло собой в потенции вещ-но-правовую зависимость личности должника и его имущества в целом» (Агар-ков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 172). Там же (с. 26 и ел.) обращается внимание на присущее

современному праву сближение вещных и обязательственных прав.

2 К числу последних относились все права, кроме права собственности. Как указывал К.А. Митюков, «собственность, как самое полное право на вещь, отождествляемое со своим предметом, и сама получает вид материального предмета. Отсюда обычай говорить: «Это моя вещь, я приобретаю вещь, я имею вещь и т.п.» (Митюков К^. Указ. соч. С. 85).

общепризнанном объекте права собственности (вещного права), каким является имущественный комплекс-предприятие. Он включает, наряду с земельными участками, зданиями, сооружениями, оборудованием, инвентарем сырьем, продукцией, те же «права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания) и другие исключительные права» (ст. 132 ГК). При этом именно в данном своем качестве предприятие выступает как объект договора продажи (п. 1 ст. 559 ГК)'.

Следует отметить, что еще Гражданский кодекс 1922г., определяя объекты права собственности, использовал термин «имущество», и только в некоторых статьях главы, посвященной праву собственности, специально говорилось о праве на вещь (ст. 66, 67 и некоторые другие). Употребление термина «имущество» позволило признать объектом соответствующего права допущенные к обращению ценные бумаги, в том числе и на предъявителя (см. примечание к ст. 60 ГК), распространить реквизицию и конфискацию собственности не только на вещи, но и на права и прежде всего на права требования, адресованные банку. При этом еще до принятия ГК 22 «красногвардейская атака на капитал», выразившаяся в национализации и муниципализации частной собственности и переходе соответствующего имущества в собственность государства, безусловно охватывала наряду с вещами и права. Последнее имело особое значение для национализации банков, под которой подразумевался переход в собственность государства, наряду с золотом, серебром, алмазами и бриллиантами, также и вкладов, акций и других обязательственного характера требований.

Интерес представляли и нормы Кодекса 1922 г., посвященные отдельным видам договоров. Так, в главе о договоре купли-продажи, целью которого был определен переход собственности, предметом договора называлось всякое имущество, не изъятое из гражданского оборота (ст. 181 ГК). При этом в отдельных статьях соответствующей главы специально подчеркивалось их распространение на вещь или даже только на индивидуально определенную вещь (ст. 191). Однако наряду с этим допускалась продажа в рамках одноименной главы «договорного требования или другого права» (ст. 202). Следовательно, как можно было сделать вывод из статьи, покупатель соответствующего права становился его собственником.

Интерес в этом смысле представлял и договор займа. Этот договор, обслуживающий основную массу отношений банка с клиентами, предусматривал переход денег или определенной родовыми признаками вещи в

См. об этом, в частности: Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. М.: Юрид. лит., 1991. С. 135. Там же используется явно стоящая на рубеже обязательственного и вещного права конструкция «вещного права арендатора-землевладельца)).

собственность. Однако одновременно допускалось оформление заемным обязательством отношений из купли-продажи, найма имущества или другого основания. К таким отношениям, в которых

заимодавец – кредитор, а заемщик – должник, в силу ст. 209 ГК применялись нормы о займе. Это давало возможность признать собственником заемщика и тогда, когда взаймы передавалась вещь, и тогда, когда предметом займа служило требование (например, при выдаче ссуды банком путем зачисления денег на счет заемщика).

Есть все основания полагать, что и в литературе периода действия первого Кодекса РСФСР, если не прямо, то по крайней мере косвенно, считалось допустимым отнесение к объектам собственности обязательственных прав. Это связано было. отчасти, уже с тем, что в ст. 10 Конституции СССР 1936 г. к числу объектов личной собственности граждан были отнесены наряду с трудовыми доходами, жилыми домами и подсобным домашним хозяйством, предметами домашнего хозяйства и обихода, предметами личного потребления и удобства, также и «трудовые сбережения». Под последними, естественно, подразумевались главным образом деньги на счете в банке (в сберегательной кассе), а равно государственные облигации1. Таким образом, речь шла об обычных обязательственных правах.

Обязательственные права входили и в состав объектов государственной собственности. Речь шла прежде всего о денежной части оборотных средств. При этом, как отмечал Д.М. Генкин: «Денежные средства хозорга-на распадаются на эксплуатационные, предназначенные для оперативной деятельности, и средства капитального строительства. Эксплуатационные средства находятся на расчетном счете хозоргана в Государственном банке. Денежные средства, предназначенные для капитального строительства, находятся на особом счете в соответствующем специальном банке»2.

О сложности ситуации, с которой приходилось сталкиваться при определении правовой природы соответствующих объектов, можно было судить по известным положениям, высказанным А.В. Бенедиктовым: «Понятие собственных оборотных средств в смысле постановления СТО от 23.07.1931 г. не следует смешивать с понятием оборотных средств в их вещественной (натуральной) форме, как совокупности имеющихся у хозорга-

Интересно отметить, что именно такое понятие «сбережений» присуще и современному праву. Имеется в виду Закон от 24 февраля 1995 г. «О восстановлении и защите сбережений граждан Российской Федерации» (Собрание законодательства российской Федерации. 1995. № 20. Ст. 1765). В нем «сбережениями граждан» названы вклады в Сберегательный банк (сберегательные кассы) либо в организации государственного хранения, а равно государственные ценные бумаги СССР и РСФСР. . 2 Советское гражданское право. Т. 1. М-: Госюриздат, 1950. С. 299.

на запасов сырья, топлива, материалов, полуфабрикатов, продукции, денежных средств и т.п. Правда, по отношению к денежным средствам, находящимся на расчетном счете хозоргана в банке, – в отличие от денежных средств, находящихся в тот или иной момент в кассе хозоргана, – понятие оборотных средств в их вещественной форме может быть применено лишь в самом широком или переносном смысле, поскольку с юридической точки зрения хозорган имеет лишь обязательственно-правовое требование к банку, но не вещное право на денежные знаки в натуре. Тем не менее денежные средства хозоргана в банке представляют собой определенную статью его актива, которой он вправе распорядиться и на которую может быть обращено взыскание его кредиторами. Из какого бы источника ни поступили те или иные денежные средства на расчетный счет хозоргана в банке, – за счет ассигнований из бюджета на пополнение собственных оборотных средств или в качестве заемных средств с особого счета, отражающего задолженность хозоргана банку по срочным кредитам (ср. ст. 7 постановления СТО от 23.07.1931), или в уплату за отпущенные хозорганом товары и т.д., – с момента их зачисления на расчетный счет хозоргана они являются его оборотными средствами в их

вещественной форме, в указанном нами широком смысле этого понятия»'.

Кодекс 64 расширил случаи включения обязательственных элементов в состав определенных объектов собственности. В подтверждение можно сослаться на две включенные в него статьи, посвященные различным видам и формам права собственности. Так, вслед за ст. 10 Конституции РФ 1936 г. ст. 105 ГК64 отнесла к числу объектов личной собственности граждан «трудовые сбережения». При этом не вызывало никакого сомнения то, что речь шла именно о вкладах граждан в сберегательную кассу2. В еще большей степени обязательственные элементы выделялись в составе объектов собственности профсоюзных и иных общественных организаций. Речь идет о том, что в силу ст. 103 ГК 64 (имеется в виду ее первоначальный вариант) назывались в составе объектов собственности «культурно-просветительные фонды», которые, естественно, состояли практически исключительно из соответствующих целевых сумм на счетах в банке. Можно указать также на

' Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. М.; Л.; Изд-во АН СССР, 1948, С. 478.

2 См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР. М., 1982. С. 141. По поводу природы соответствующего объекта Комментарий к ГК (автор -Л. О. Ерошен-ко) отмечал: «Трудовые сбережения могут выступать в различном виде: денежных средств, ценных бумаг и т.д. Если денежные суммы внесены в кредитные учреждения, то гражданин приобретает обязательственное правомочие и может получить вклад по первому требованию, полностью или частично, лично или через представителя».

ТО, что в капитальном труде А.В. Бенедиктова, предшествовавшем этому Кодексу, в числе отдельных объектов права государственной собственности были указаны «амортизационные фонды», «фонд директора предприятия», «хранящиеся в банках средства на счете капитального строительства», «средства, предназначенные на эксплуатационные цели» и т.п. При этом единственным способом разграничения такого рода средств служили различные по назначению банковские счета'. Соответственно предметом права собственности служили не деньги, а адресованные банку требования.

Во многих случаях применительно к объектам вещных прав используется термин «имущество» в значении, которое охватывает «вещи» и «права» (см., в частности, ст. 128 ГК). Поэтому весьма актуальным является замечание Р. Саватье: «По мере того, как в юридической технике начали появляться абстрактные имущества, первоначальный смысл «право собственности» был в действительности расширен. Этим словом хотят продол? жать обозначать совокупность наиболее полную и наиболее абсолютную всех прав, которые можно иметь в отношении вновь возникших бестелесных имуществ... Мы вынуждены говорить о праве собственности для того, чтобы указать на полноту прав... »2

Вопрос о соотношении вещного и обязательственного права был недавно поднят в литературе в связи с оценкой ст. 48 действующего Кодекса. Речь идет о той ее части, в которой отмечается: «Юридическим лицом признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом...».

По мнению В.А. Рахмиловича, в приведенной норме не учитывается существование юридических лиц (инвестиционных институтов и т.п.), которые вообще «не имеют имущества на правах собственности,

хозяйственного ведения или оперативного управления. Все их имущество может состоять в средствах на счетах в банках, а помещение и оборудование они арендуют»3. Тот же автор в другой работе приходит к аналогичному выводу; «Некоторые формулировки ст. 48 ГК «Понятие юридического лица» следует признать не вполне удачными. Обращаясь к первому и основному признаку этого понятия – имущественному обособлению, п. 1 ст. 48 прямо перечисляет те правовые формы ~ три вещных права, в которых выражается это обособление, и устанавливает, что юридическое лицо отвечает по своим обязательствам именно этим имуществом; о других допустимых

См.: Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. С. 376 и

ел.

2 Саватье Р. Теория обязательств. М„ 1972. С. 90-91.

3 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М.: Юринформ-центр, 1995, С. 79.

правовых формах имущественного обособления статья умалчивает. Все это по меньшей мере неточно. Имущество юридического лица далеко не исчерпывается вещными объектами и вещными правами, и не это имущество служит главным объектом его ответственности. Обычно им являются денежные средства на банковских счетах, т.е. принадлежащие юридическому лицу обязательственные права. Именно этим имуществом юридическое лицо как правило, и отвечает. Оно вообще может не иметь ни одного из вещных прав, перечисленных в п. 1 ст. 48, и это не может служить основанием для непризнания его юридическим лицом и отказа в регистрации в качестве такового, хотя текст п. 1 дает для этого определенные основания. Имущество юридического лица может состоять в деньгах на счетах, в правах так называемой интеллектуальной собственности и т.п., а оборудование (инвентарь) и помещение оно может арендовать. Права, перечисленные в п. 1 ст. 48, не должны рассматриваться как необходимые и исключительные формы имущественного обособления юридического лица. Наличие этих прав – достаточный, но не необходимый признак. Он может отсутствовать при наличии иных признаков, иных правовых форм имущественного обособления»'.

С приведенными взглядами трудно согласиться. Полагаем, что В,А. Рах-милович прошел мимо отмеченной выше тенденции к смешению в единых правоотношениях обязательственного права с правом вещным. В частности, в данном случае не учитывается, что независимо от характера прав лица на переданное ему имущество, в том числе и в целях образования нового юридического лица, идет речь о носителе права собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления. А значит, тот, кто получил такое имущество, становится его собственником (носителем иного вещного права).

И, соответственно, если ст. 48 ГК говорит об обособленном имуществе и обращении взыскания на него, то она в равной мере имеет в виду и вещи, и права (в том числе обязательственные, включая «права на деньги, хранящиеся на банковском счете»), не делая в указанном смысле различия между теми и другими. Следовательно, когда ст. 35 Конституции РФ провозглашает; «право частной собственности охраняется законом» и «никто

' Рахмилович В.А. О достоинствах и недостатках Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 1996- № 4, С. 79. Справедливости ради следует отметить, что подобное «отступление от правил» автор мог бы с полным основанием обнаружить и в п. 3 ст, 213 ГК, в котором отмечается, что соответствующие образования «являются собственниками имущества,

переданного им в качестве вкладов (взносов) их учредителями (участниками, членами)» (см. также п. ! ст. 66 ГК). Между тем в состав вкладов могут входить не только вещи, но и арендные права в качестве вклада (см., например, п. 2 ст. 615 ГК).

не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда» -имеется в виду, что в необходимых случаях объектом защиты являются не, только вещные, но в такой же мере и обязательственные права, включая права лица, «обладающего частной собственностью» на находящиеся на счете в банке денежные средства.

Интерес в указанном смысле представляет Постановление Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности п. 2 и 3 ч. 1 статьи 11 Закона РФ от 24 июля 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции»'. Этим Постановлением положения указанного Закона, которые предоставляют федеральным органам налоговой полиции право производить взыскание с юридических лиц суммы штрафов, а также всей суммы сокрытого или заниженного дохода в бесспорном порядке, без их согласования, признаны соответствующими, а в отношении граждан – противоречащими Конституции РФ, и в частности ее ст, 35. При этом не делается никаких различий между обращением взыскания на принадлежащие налогоплательщикам вещи и на права, в том числе на хранящиеся на счете в банке средства. И то и другое рассматривается в Постановлении с равным основанием как частная собственность в том смысле, в каком это имеет в виду ст. 35 Конституции РФ.

Приведенный вывод может быть сделан и на основе отдельных статей ГК. Помимо тех, о которых шла речь выше, можно сослаться и на другие. Так, когда в гл, 15 ГК («Прекращение права собственности») идет речь об основаниях «конфискации», то «безвозмездное изъятие у собственника имущества по решению суда» (ст. 243 ГК) охватывает в равной мере и вещи; и обязательственные права по поводу вещей (в том числе все те же права на средства, находящиеся в банке). Коммерческие и некоммерческие организации, помимо государственных и муниципальных предприятий, а также учреждений, финансируемых собственниками, признаются собственниками имущества, переданного им в виде вкладов (п. 3 ст. 213 ГК). При этом в силу п. 6 ст. 66 ГК вкладом в имущество хозяйственного товарищества и общества могут быть деньги, ценные бумаги, другие веши или имущественные права либо иные права, имеющие денежную оценку. Вряд ли можно сомневаться в том, что вклады осуществляются главным образом именно перечислением денег со счета учредителя (участника) на счет созданного юридического лица, А такой переход осуществляется путем не передачи денег «из рук в руки», а передачей прав на получение суммы, находящейся на счете участника в банке или ином кредитном учреждении. В этом случае платежное поручение или иной способ расчетов как раз и служит одним из технических средств, с помощью которых осуществляется внесение вклада.

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 1. Ст. 197.

Характеризуя казну – не распределенную между государственными предприятиями и учреждениями часть имущества, составляющего государственную собственность, ГК (п. 4 ст. 214) выделяет средства соответствующего бюджета. Но все такие средства ~ это не деньги, а только права на

деньги.

Можно, наконец, использовать пример и из смежной области. Так,

ст. 34 Семейного кодекса РФ, перечисляя имущество, составляющее «совместную собственность

супругов», среди прочего указывает на паи, вклады доли в капитале, внесенные в кредитные учреждения или в иные коммерческие организации, независимо от того, на имя кого или кем из супругов внесены денежные средства. Это же относится и ко всем остальным правам обязательственного характера (например, возникшим из любого

иного долга)'.

Еще один пример – договор займа и кредитный договор. Применительно к договору займа ст. 807 ГК прямо говорит о переходе предмета договора, который она называет, правда, вещами, в собственность заемщика. В определении кредитного договора отсутствует указание на передачу в собственность. Но это последнее обстоятельство и для этого договора не вызывает сомнений. Весьма категорично высказался по этому поводу О.Н. Садиков. «По кредитному договору как разновидности договора займа денежные средства передаются заемщику как раз в собственность, без чего заемщик будет лишен правового основания их последующего использования. Это вытекает из текста закона и отмечается во всех учебниках и комментариях к Гражданскому кодексу»2. Между тем не вызывает сомнений и другое обстоятельство – то, что кредиты выдаются не путем передачи денег «из рук в руки», но зачислением со счета на счет, т.е. передачей соответствующих прав.

Весьма интересные соображения высказала по поводу природы соответствующих прав Л.Г. Ефимова. Она, в частности, показывает, как законодательство постепенно восприняло идею «объектом права собственности являются не только вещи, но и права»3. И если автор доказывает свой вывод решением вопроса о праве на предприятия в ст. 10 Закона «О собствен-

' Комментируя ст. 36 этого Кодекса, М.Г. Масевич без каких-либо колебаний отнесла к общей собственности супругов вклад в Сбербанке, который принадлежит одному супругу, если на него вносились дополнительные средства, составляющие общую собственность супругов (Семейный кодекс Российской Федерации: Комментарий / Под ред. И.М, Кузнецовой. М.: БЕК, 1996. С. 105).

Садиков О.Н. Нецелевое использование предоставленного кредита и его правовые последствия: Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып.3. М.: Юрид. лит., 1996. С. 212. 3 ЕфимоваЛ.Г. Банковское право. М.: БЕК, 1994. С. 181.

ности в РСФСР», то с полным основанием для этого может быть использована и ст. 132 принятого уже после работы Л.Г. Ефимовой Кодекса, которая, как уже отмечалось, прямо включила в понятие предприятия наряду с вещами «права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания), и другие исключительные права...» При этом Л.Г. Ефимова была вынуждена расширить понятие права собственности за счет включения в это число понятия «право на право», поскольку только при этом условии можно было объяснить природу отношений клиента с банком.

Признание «права объектом права» имеет свои корни в римском праве. Имеется в виду, что наряду с вещами объектом права собственности признавалось iura in re aliena. При этом к числу таких «прав на чужую вещь» относились «права на пользование чужой вещью» (сервитута) и «права на распоряжение чужой вещью» (залог и то, что И.А. Покровский называл «залогоподобным правом»),

Применительно к французскому праву отмечается «расчленение права собственности», в результате которого были признаны относящимися к праву собственности «права на вещь, которая принадлежит на праве собственности другому лицу»'. Имелись в виду те же сервитуты, а с ними узуфрукт2.

Положительный ответ на вопрос о самом существовании «права на право» давал применительно к германскому праву Л. Эннекцерус3.

Отмеченное обстоятельство – право собственности имеет объектом не только вещи, но и права – получило широкое признание. В качестве примера можно сослаться, помимо О.С. Иоффе, чьи положения на этот счет уже приводились выше, на другие работы, представляющие собой как дореволюционную литературу (И.А. Покровский4), так и современную (М.М. Агарков1 и Ю.К. Толстой2).

1 Покровский И.А. История римского права. Петроград, 1918. С. 245-249 и 257-261.

2 См.: Жюллио де да Морандьер Л. Гражданское право Франции. М.: Ин. лит., 1958. С.58-59.

3 См.: Эннекцерус Л. Курс Германского гражданского права, Т. 1. Полутом 1. М.:

Ин. лит., 1949. С. 258-259. По праву США собственность «исключительное право владеть, пользоваться и распоряжаться вещами или правами, имеющими экономическую ценность» (ЛаскГ. Гражданское право США. М., 1961. С. 461.).

4 И.А. Покровский в результате исследования тенденций в развитии обязательственных правоотношений пришел к выводу о падении значения личного в указанных отношениях и замене его «имущественным». В этой связи он приводил слова Зома:

«Долговое право есть часть имущественного». Хотя сам И.А. Покровский и выступал против, по его мнению, крайностей в развитии имущественных начал в обязательстве (в это число он включал появление ценных бумаг на предъявителя с их

Существующее на практике переплетение в одних и тех же конструкциях вещно-правовых и обязательственно-правовых элементов можно проиллюстрировать и на некоторых других примерах. Один из них – залог. Независимо от того, какую позицию они занимают в вопросе о природе соответствующего права, признавая его вещным либо обязательственным, и те и Другие авторы усматривают наличие в регулировании залога вещно-правоаых и обязательственных элементов. Не случайно, создавая в принципе одну и ту же конструкцию залога как особого способа обеспечения обязательств, построенного на одноименном договоре, гражданские кодексы в нашей стране колебались при определении его места в своей структуре. Так, ГК 22 включил залог в раздел «Вещное право», а ГК 64 и новый Гражданский кодекс – «Обязательственное право»3.

крайним «отвлечением» от личного элемента), это не мешало ему утверждать, что «в деловом обороте все более и более начинают смотреть на обязательство лишь как на некоторую имущественную статью (выделено нами. – Авт.): требование составляет часть в имуществе кредитора, долг – некоторый минус в имуществе должника; в целом обязательство представляется некоторой особой формой отношения между кредитором и имуществом этого последнего. Личность должника исчезает за его имуществом и если еще сохраняет значение, то почти лишь как центр, вокруг которого стягивается подлежащее ответственности имущество» (Ло-кровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 231).

' Так, М.М. Агарков указывал: «Действия, которые во всех этих случаях обязан совершить должник, определяются так или иначе направленностью на вещь (передача вещи, предоставление вещи в пользование и т. д.). Но в качестве объекта в обязательственных правоотношениях могут фигурировать также и объекты других абсолютных прав» (Агарков UM. Указ. соч. С. 29).

2 По мнению Ю.К. Толстого: «Вещи могут быть объектом не только вещных, но и обязательственных прав. В то же время объекты вещных прав далеко не всегда сводятся к вещи» (Гражданское право. Т. I. СПб., 1996. С. 286).

3 Двойственность в оценке правовой природы залога приняла любопытную форму:

к какому бы решению ни присоединился законодатель, в литературе оно весьма убедительно оспаривалось. Так, в период действия ГК 1992 г., в котором, как отмечалось, залог был помещен в раздел «Вещное право», О.С. Иоффе, имея в виду его смешанный характер, сделал акцент на обязательственно-правовой природе залога. Соответственно обращалось внимание на то, что «во-первых, залог устанавливается в целях обеспечения какого-либо обязательства (например, заимодавец, предоставляя заем, может потребовать, чтобы он был обеспечен залогом имущества). Во-вторых, самое обязательство по предоставлению залога также возникает на основе договора (такой договор заключается между лицом, предоставляющим залог, залогодателем, и лицом, его принимающим, залогодержателем)» {Иоффе О.С. Советское гражданское право. 1958. С. 76). И напротив, в книге В.М. Будилова (Залоговое право России и ФРГ. СПб., 1993. С. 20 и ел.) с учетом того, что действовавший в то время Кодекс (1964г.) поместил залог в раздел «Обязательственное право», автор выделял именно вещно-правовые элементы залога,

Соединение вещных и обязательственных элементов явилось необходимой базой использования конструкции ценных бумаг, при которой, с одной стороны, речь идет о праве собственности на соответствующий объект (вексель, акция, облигация и др.) как на вещь, а с другой – об обязательственном, рожденном главным образом из договора праве, принадлежность которого лицу подтверждается ценной бумагой. Наиболее полно подобное смешение проявляет себя применительно к ценным бумагам на предъявителя с присущей им некоторой неопределенностью фигуры носителя права.

Гражданский кодекс 1994 г. впервые уделил ценным бумагам специальную главу в подразделе 3 «Объекты гражданских прав». Кроме того, нормы о ценных бумагах содержатся в статьях, посвященных вещам, При этом п. 2 ст. 130 ГК относит без всяких оговорок ценные бумаги к движимым вещам, а п. 2 ст. 302 ГК хотя и исключает возможность виндицирова-ния ценных бумаг, и то лишь ценных бумаг на предъявителя, но делает это «в одной строке» с деньгами. Можно указать также на то, что, подобно другим вещам ценные бумаги могут быть и предметом договора хранения (п. 1 ст. 921 ГК). И в то же время предметом договора о залоге признается не ценная бумага, а удостоверенное ею право (п. 4 ст. 338 ГК). Движение ценной бумаги происходит в формах, предусмотренных для движения выраженных в ней прав (ст. 146 ГК). Наконец, в рамки представления о ценной бумаге вместились «бездокументарные ценные бумаги», о которых идет речь, в частности, в ст. 149 ГК.

Таким образом, отказ от конструкции «смешанных правоотношений» вообще, применительно, в частности, к вещным и обязательственным, а равно, связанное с этим исключение из числа возможных объектов собственности прав на действия, и в том числе связанные с ними права на деньги, находящиеся на счете, вынудили бы законодателя прийти к необходи-

Обе концепции залога были весьма широко представлены в русской дореволюционной литературе. Так, среди других авторов – сторонников залога как вещного права может быть упомянут Г.Ф. Шершеневич (Учебник русского гражданского права. С. 384 и ел.), а как обязательственного – Д.И, Мейер (Русское гражданское право. СПб., 1897. С. 432 и ел.), В.М. Хвостов (Система римского

гражданского права. М.: Спарк, 1996. С. 334 и ел.).

Напротив С.И. Вильнянский выступал против отнесения ГК 22 залога к вещному праву, ссылаясь на то, что вещно-правовои элемент залога – следование за вещью -присущ и некоторым другим правоотношениям " например, аренде (Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. Харьков, 1958. С. 382).

Интересна в этом смысле и позиция Ю. Барона. Последовательный сторонник отнесения залога к вещному праву, он вместе с тем допускал приобретение залогодателем права на вещь заложенную при условии, если «в момент установления залога залогодатель уже имел обязательственное право требование вещи» (Барон Ю. Система римского гражданского права. Вып. 2. СПб., 1908. С. 138).

мости внести существенные изменения в регулирование различных по характеру отношений и одновременно существенно сузили гарантии, предоставляемые собственнику как таковому и его кредиторам.

Несомненно, должны быть учтены последствия предлагаемого ограничения круга объектов собственности для области международного частного права. Речь идет о пределах действия иммунитета собственности государства. При всей сложности этого вопроса как будто бы не вызывало сомнений то обстоятельство, что иммунитет собственности государства должен в одинаковой степени распространяться на принадлежащие ему не только вещи, но и права (авуары).

Примером может служить неоднократно упоминавшееся в литературе дело «Лена Голдфилдс Лимитэд». При рассмотрении иска, заявленного советскому государству, Верховный суд штата Нью-Йорк, ссылаясь именно на «иммунитет собственности государства», отверг возможность обращения взыскания по долгам советского государства именно на его денежные средства, хранящиеся на счете в «Чейз Манхеттен Бэнк»'.

В конечном счете остается признать, что определение места договора в тех или иных правоотношениях невозможно без учета условности деления правоотношений на вещные и обязательственные.

2. ДОГОВОРНЫЕ УСЛОВИЯ

Договорные условия представляют собой способ фиксации взаимных прав и обязанностей. По этой причине, когда говорят о содержании договора в его качестве правоотношения, имеют в виду права и обязанности контрагентов. В отличие от этого содержание договора-сделки составляют договорные условия. Их фиксационная роль позволила в течение определенного времени широко использовать в законодательстве и литературе в качестве синонима условий договора его пункты.

Договорные условия принято объединять в определенные группы. Наиболее широкое распространение получили три группы условий: существенные, обычные и случайные. Из них сам законодатель использует и соответственно раскрывает смысл только названных первыми, т.е. существенных, условий. Именно о них шла, в частности, речь в общих и специ*-альных, посвященных отдельным видам договоров статьях Гражданских кодексов 1922, 1964 и 1994 гг.

Признак, который объединяет существенные условия в одну группу, не вызывает особых споров. Речь идет об условиях, формирующих договоры в целом и их отдельные типы (виды) в частности. Исходя из этого существенными, по общему признанию, являются условия, необходимые и дос-

См.: Богуславский ММ. Международное частное право. М., 1989. С. 150.

таточные для того, чтобы договор считался заключенным и тем самым способным породить права и обязанности у его сторон.

f В отличие от «существенных» выделение условий «обычных» и «слу-| чайных» проводится только в литературе. Исключительно доктринальный | характер этого последнего деления явился одной из причин отсутствия '; единства в представлении о том, в чем состоят классификационные признаки обычных и соответственно случайных условий и какие именно последствия из этого вытекают.

Обобщая практику того, что принято было именовать «буржуазной юриспруденцией», С.К. Май подчеркивал, что к условиям обычным (он использовал для их обозначения термин «обыкновенные») относятся те, которые вытекают из диапозитивных норм закона и обычаев. Такие нормы могут и не найти никакого выражения в самом договоре и, несмотря на это, должны применяться к порождаемым им отношениям. В отличие от них случайными признаются договорные условия, которые, не будучи основными, необходимыми для всех вообще сделок (договоров) определенного типа, содержат согласованные сторонами положения, которые иногда не совпадают с диспозитивными нормами закона или обычаями'.

Сходные позиции являлись и являются господствующими и в нашей науке. Об этом можно судить уже по тому, что трехчленное деление договорных условий нашло отражение в большинстве изданных в разное время учебников2. И лишь изредка в них можно обнаружить отступления от этой генерал из о ванной идеи.

В литературе при освещении различных вопросов, связанных с содержанием договоров, как правило, воспроизводятся представления о существенных условиях, которые непосредственно вытекают из ст. 432 ГК. По указанной причине особых расхождений по этому вопросу не наблюдается.

Иное дело условия, которые не относятся к существенным, т.е. обычные и случайные. Наибольший интерес представляют по этим вопросам точки зрения, отраженные в работах О.С. Иоффе и И.Б. Новицкого, которые в целом близки одна другой.

Так, О.С. Иоффе приходил к выводу, что обычными являются условия, наличие или отсутствие которых на факт заключения договора никако-

См.: Май С.К. Указ. работа. С. 72 и ел.

2 Такие взгляды, высказали М.О. Бару (Советское гражданское право. Киев, 1977. С, 403), И.Б. Новицкий (Советское гражданское право. М.: Госюриздат, 1950. С. 370-371), Х.И.Шварц (Советское гражданское право. М.: Госюриздат, 1965. С, 45), А.Ю. Кабалкин (Совегское гражданское право. Т, I. М.: Юрид. лит., 1965. С. 449 и ел.), З.Г. Крылова (Советское право. М,: Юрид, лит., 1978, С, 146), С.И. Вильянянский (Лекции по советскому гражданскому праву, Харьков: Изд-во ХГУ, 1958. С. 316 и ел,), С.Н. Ландкоф (Основи цившьного права. «Рад. школа», 1948. С. 177) и др.

го влияния не оказывает. «Более того, практически нет необходимости включать обычные условия в договор, так как они сформулированы в законе или иных нормативных актах и, поскольку контрагенты согласились заключить данный договор, они тем самым признаются выразившими согласие подчиниться тем условиям, которые по закону распространяются на договорные отношения соответствующего вида или на все договоры вообще». Наконец, как случайные должны рассматриваться условия, которые тоже «не имеют значения для заключения договора. Но если

обычные условия предусматриваются законом и потому вступают в действие в силу одного только факта заключения договора, то случайные условия могут возникнуть и приобрести юридическое действие только в том случае, что они будут включены в самый договор»'.

Из приведенных там же примеров видно, что смысл обычных условий усматривался О,С. Иоффе в их совпадении с диспозицией диспозитивной нормы, в то время как случайные представляют собой варианты, которые, совпадая по пределам своего действия с одной из диспозитивных норм, вместе с тем содержат отличный от ее диспозиции вариант,

И.Б, Новицкий выделил, кроме существенных, прежде всего такие пункты, которые обыкновенно встречаются в определенных договорах, вследствие чего эти пункты предусматриваются диспозитивными нормами (обычные пункты договора). Следовательно, если даже стороны совсем не предусмотрели подобного рода вопроса, предполагается, что они имели в виду обычный способ его решения, который выражен в диспозитивной норме. Если стороны желают придать своему договору в этой части иное содержание, им предоставляется возможность включить в договор соответствующее указание, и тогда диспозитивная норма не получит применения. Тем самым речь идет об обычных условиях. Наряду с ними выделены также' «случайные пункты, т.е. такие, которые не являются ни необходимыми, ни обычными частями договора и входят в его содержание лишь тогда, когда того пожелают стороны (например, условия в техническом смысле слова)»2.

Таким образом, приведенные взгляды в вопросе об обычных условиях (пунктах) совпадают: оба автора относят к их числу условия, которые закреплены в диспозитивной норме. Что же касается условий случайных, один из авторов включает в это число только те, которые отступают от диспозитивных норм (О.С. Иоффе), а другой (И.Б. Новицкий) – любые, кроме существенных и обычных.

Применительно к взглядам О.С. Иоффе, связывающего и обычные, и случайные условия договора с тем, как решается вопрос в соответствую* Щей правовой норме (в согласии с ней или в отличие от нее), остается не-

Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. I. С. 387-388. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 148.

ясным, к какой именно группе следует отнести условие, по поводу которого самим законодательством решается вопрос в виде не императивной, а только диспозитивной или факультативной нормы. Поскольку с точки зрения О.С. Иоффе группы обычных и случайных условий в равной степени являются замкнутыми, следует отнести согласованные условия, не предусмотренные действующими нормами, к существенным. Такой вывод соответствует ст. 432 ГК, которая оставляет нишу для подобных условий, устанавливая, что, среди прочих, существенными являются любые условия, относительно которых по требованию одной из сторон достигнуто согласие. И это, как постараемся показать, является наиболее отвечающим природе договора решением.

; Что же касается позиции И.Б. Новицкого, то она. полагаем, расходится с той же ст. 432 ГК. Имеется в виду, что если случайные условия появляются всегда, когда «стороны этого пожелают», остается открытым вопрос о том, чем же такое условие отличается от существенного? Речь идет о том, что как раз последнее и создается «по заявлению одной из сторон, в силу которого должно быть достигнуто согласие». Соответствующая норма -ст. 432 ГК, таким образом, без каких-либо ограничений называет

существенным условие, созданное по воле, следовательно, «по желанию» одной из сторон.

Об устойчивости оспариваемой точки зрения можно судить по тому, что и в последнем по времени его издания учебнике гражданского права автор соответствующей главы (Н.Д. Егоров), высказав ряд весьма интересных, хотя и не бесспорных, на наш взгляд, соображений относительно классификации договорных условий, использует все те же исходные положения для разграничения указанных трех групп; существенных, обычных и случайных условий.

Не возражая против признания договорными только условий, служащих результатом соглашения, Н.Д. Егоров вместе с тем полагает, что соответствующие условия охватывают и положения, закрепленные в императивных нормах. Он опирается при этом на то, что включение императивных норм в состав договорных условий также основано на соглашении сторон. Имеется в виду, что, «если стороны достигли соглашения заключить данный договор, то тем самым они согласились и с теми условиями, которые содержатся в законодательстве об этом договоре»'.

Указанный вывод представляется спорным. Любое соглашение предполагает определенный выбор из различных вариантов. Между тем императивные нормы такой выбор исключают, поскольку договорное условие, которое расходится с императивной нормой, заведомо объявляется недействительным. Принципиальное значение имеет то обстоятельство, что, к

1 Гражданское право, Т. I. С. 433.

какому бы результату в соглашении между собой стороны ни пришли и что бы ни было ими включено в договор, все равно будет действовать положение закрепленное в императивной норме. К этому можно добавить и то, что договорное условие – составная часть договора, а значит, тем самым и составная часть соглашения. Однако всем, что присуще роду, обладает и каждый его вид. И тогда трудно объяснить, как может быть элементом соглашения то, по поводу чего заведомо соглашаться не только не нужно, но и бесцельно, поскольку согласие на условиях, противоречащих императивной норме, представляет собой действие противоправное со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Одна из особенностей позиции 0-С. Иоффе, И.Б. Новицкого, Н.Д. Егорова и всех других, кто выступает за трехчленное деление условий договора, проявляется при определении сущности обычных условий. Эта особенность получила выражение, в частности, в споре О.С. Иоффе с В.И. Коф-маном' и Р.О. Халфиной2. Применительно к первому оппоненту спор касался вопроса о том, следует ли императивные нормы включать в число обычных условий? В противовес взглядам В.И. Кофмана, полагавшего, что положения императивных норм являются не обычными, а существенными условиями договора, О.С. Иоффе указывал на то, что «существенные условия характеризуются ...такой особенностью, как обязательность их согласования сторонами и непосредственное выражение в самом договоре, который в противном случае не считается заключенным. Если же по своей объективной природе условие относится к числу обычных, то, хотя бы оно закреплялось императивной нормой, подобное требование не предъявляется»г.

В своих возражениях Р.О. Халфиной, которая вообще исключи-'а императивные нормы из числа договорных условий, О.С. Иоффе оорашал внимание на то, что «суть обычных условий в том и состоит, что стороны их не согласовывают, а принимают правила самого закона. И если даже они были лишены возможности видоизменить условия, императивно закрепленные законом, самый факт заключения договора свидетельствует о том, что они согласились подчинить его также и этим условиям»4.

Однако возражения О.С. Иоффе в том и в другом случае кажутся все же спорными.

Полагаем, что, принимая решение о заключении договора, стороны имеют в виду по общему правилу не конкретную императивную норму, а подчинение своего договора действующему в стране правовому порядку.

См.; Советское гражданское право. Т. I. М.: Высшая школа, 1968. С. 425-420. См.; Советское гражданское право. Т. I. М.: Юрид. лит., 1969. С. 459-460. Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 31.

Там же.

При этом сам этот порядок во всех случаях является абсолютно обязательным для сторон.

Кроме того, если обычное или существенное условие договора представляет собой согласование воли сторон, то в отношении безусловно обязательной, императивной нормы это будет означать: речь идет не о том, согласились ли стороны с действием соответствующей нормы, а о другом:

они заключили договор, согласовав его условия. Подчинения правовому порядку они не согласовали, а только принимали необходимость его во внимание при определении отдельных условий договора и заключении договора в целом.

Что же касается идеи, в силу которой норма должна быть признана договорным условием, поскольку она становится правилом, лишь если стороны заключили договор, то такое «если» характерно для действия едва ли не любой нормы, поскольку оно заложено в самой ее природе- Например, Таможенные правила начинают действовать только при условии, если лицо или груз пересекают границы страны, а правила дорожного движения -если лицо сидит за рулем автомашины.

Наконец, следует учесть и то, что сами статьи в разное время принятых Гражданских кодексов, посвященные существенным условиям (в частности, ст. 432 ГК), упоминая о законе, имеют в виду только одно его значение: законом определяется круг существенных условий (не сами условия!).

Те, кто считают императивные нормы частью договора, оказываются, как представляется, в затруднительном положении, когда приходится определить, какие именно императивные нормы следует считать договорными условиями. Не случайно поэтому взгляды О,С. Иоффе и Н.Д. Егорова и этом вопросе не совпадают. Так, в отличие от Н.Д. Егорова, который, как видно из приведенной выше цитаты, включает в число договорных условий положения императивных норм, относящиеся только к «данному договору», О.С. Иоффе считает, что в подобных случаях соглашение сторон означает «согласие подчиниться условиям, которые по закону распространяются на договорные отношения соответствующего вида или на все договоры вообще (выделено нами. -Авт.)»1.

Но если считать императивные нормы договорными условиями, то, очевидно, не должно быть никакой разницы между нормами, которые регулируют данный вид (тип) договоров, договоры и обязательства вообще, и едиными для всего гражданского оборота положениями (т.е. всеми теми нормами, необходимость в применении которых возникает при заключении договора, при его исполнении, а также при решении вопроса об ответственности сторон за его нарушение), С этой точки зрения позиция

1 Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 31.

О.С. Иоффе кажется предпочтительнее, хотя, как уже отмечалось, в более общем плане с ней также

согласиться трудно.

В результате остается, на наш взгляд, присоединиться к Р.О. Халфиной в том что императивные нормы находятся за рамками договорных условий.

Соотношение договора-сделки с диспозитивными нормами обладает рядом особенностей, которые в конечном счете предопределены самим характером этого вида норм.

Сопоставляя диспозитивные нормы с императивными, есть основания прийти к выводу, что первые по самой своей сущности представляют собой лишь условный вариант вторых. Имеется в виду, что любая диспозитивная норма превращается в императивную исключительно в силу того факта, что стороны не выразили согласия на отступление от нее, предусмотрев в договоре какой-либо другой вариант. Таким образом, и императивная и диспозитивная нормы (последняя в силу отсутствия «иного» в договоре) сами по себе автоматически становятся правилами поведения контрагентов. С момента заключения договора диспозитивная норма, если иное не предусмотрено в ней, является таким же абсолютным, не знающим исключений регулятором поведения сторон, как и норма императивная.

Поскольку диспозитивная норма не отличается от нормы императивной до той поры, пока стороны не включат в договор иное, в указанной ситуации диспозитивная норма, подобно норме императивной, также должна считаться находящейся за пределами договора.

Особая ситуация складывается, если стороны, воспользовавшись возможностью, предоставленной им диспозитивным характером нормы, отступили от нее в конкретном договоре. В последнем случае речь действительно идет о договорном условии.

Однако, на наш взгляд, принципиальное значение имеет то, что оснований для формирования самостоятельной группы в составе таких условий, отличных по содержанию от диспозиции диспозитивной нормы, не существует. Решающее значение для такого вывода имеет сама техника заключения договора. Всякий раз, когда сторона хочет иметь в нем отличную от приведенной в диспозитивной норме редакцию соответствующего положения, ей следует включить ее в свою собственную оферту (прямую или встречную). Такая редакция станет договорным условием только тогда, когда вторая сторона с этим согласится.

Тем самым указанная ситуация превращается в простую разновид^ ность более общей: сторона выдвигает условие, по которому должно быть достигнуто соглашение. Однако ст. 432 ГК, как подчеркнуто в ней, все такие условия относит к числу существенных. Значит, то, что предлагают считать случайными условиями, т.е. условиями, содержащими вариант, отличный от диспозитивной нормы либо основанный на нормах факульта-

тивных, либо, наконец, сконструированный самими сторонами вне связи с какими-либо конкретными нормами, – все такие условия обладают признаками существенных.

'; Таким образом, оснований для выделения как обычных, так и случайных, на наст взгляд, не остается.

Н.Д. Егоров полагает, что «в отличие от существенных, отсутствие случайного условия лишь в том случае влечет за собой признание данного договора незаключенным, если заинтересованная сторона докажет, что она требовала согласования данного условия. В противном случае договор считается заключенным без случайного условия^'. Но все дело, как представляется, в том, что в приведенном

самим автором примере – условия о доставке товаров именно воздушным транспортом при отсутствии на этот счет диспозитивной нормы, соответствующий пункт может появиться в договоре только одним путем: сторона проявит инициативу в его формулировании и будет настаивать на принятии такого пункта, а другая – с этим согласится. Но это как раз и является необходимым и достаточным признаком условия, которое ГК именует существенным. Конечный вывод состоит, таким образом, в том, что никаких других условий, кроме существенных, в договоре не может быть. Все дело лишь в том, что одни условия становятся существенными в силу обязательной для сторон императивной нормы, требующей их согласования, другие – в силу того, что сторона воспользовалась предоставленной диспозитивной нормой возможностью, третьи – в ;илу самого характера соответствующей договорной модели, а четвертые -благодаря признанной одной из сторон необходимости включения их в договор. Последний вариант охватывает в равной мере отличные от диспозитивной нормы положения, содержащие отсылку к факультативной норме и сконструированные сторонами.

В литературе иногда выделяются и другие виды договорных условий. К такого рода отступлениям от традиции, например, можно отнести взгляды Б.И. Пугинского. Он назвал наряду с «существенными» «предписываемые» условия, необходимость включения которых в текст договоров предусматривается законодательством, «инициативные» (те, которые не упоминаются в законодательстве, и их включение в соглашение определяется усмотрением сторон) и «отсылочные» (которые предусматривают, что по соответствующему вопросу стороны руководствуются названными ими нормативными актами)2.

Нетрудно заметить, что в действительности и «предписываемые» и «инициативные» условия, о которых идет речь, с полным основанием можно отнести к существенным условиям. Имеется в виду, что, как и эти по-

' Гражданское право. Т. 1. 1996. С. 434. 2 См.: Гражданское право. Т. 2. М.: БЕК, 1993. С. 5&-51.

следние, «предписываемые условия» предсказаны законодательством, а к «инициативным» придется отнести условия, которые вносятся в договор без указания в законодательстве – только по инициативе сторон. Что же касается «отсылочных» условий, то они сами по себе регулятивного значения не имеют, а их внесение в договор означает, что регулятором поведения сторон стала не сама по себе отсылка, а ее адресат (см. об этом ниже).

Наконец, следует учесть, что указанные четыре вида условий выделены при отсутствии основного требования к классификации – единства критерия, Это обстоятельство и предопределило результат ~ отнесение одних и тех же условий к разным их видам.

В.И. Кофман, излагая ту же проблему, выделял условия «существенные» (их согласование необходимо для признания договора заключенным), «императивные» (сформированные для данного договора императивной нормой закона и вследствие этого подлежащие обязательному включению в договор, при этом независимо от воли сторон), «обычные» (те, которые установлены диапозитивными нормами), «предписываемые» (условия, которые должны согласовываться сторонами в соответствии с содержащимися в законе основаниями, но, однако, не должны ставить вывод о совершении договора в зависимость от того, включено ли в него указанное предписание), «случайные» (те, которые представляют собой соглашения по вопросам, вообще не урегулированным правовыми нормами либо согласованным в отступление от общих правил, содержащихся в диспозитивных нормах) и, наконец, «обычные» (устанавливаемые диспозитивными нормами,

которые регулируют данный вид отношений). В описываемом варианте также, полагаем, отсутствует единый критерий классификации: в одних случаях эту роль выполняет «обязательность» и «достаточность», в других -характер норм, предусматривающих соответствующее условие, а в-третьих (применительно к «предписываемым условиям») вообще остается неясным, в чем, собственно, состоит их значение. Имея в виду, что, с одной стороны, включение таких условий признается обязательным и их ненадлежащее использование должно рассматриваться как нарушение закона, а с другой -в то же самое время объявляется, что при отступлении от них договор все же будет признан заключенным и все содержащиеся в нем условия действительными. В результате предлагается считать обязательным такое требование, нарушение которого заведомо никаких последствий при его нарушении не повлечет.

Правовая регламентация вопросов, связанных с составом и даже самим понятием существенных условий, в Гражданских кодексах Российской Федерации не вполне совпадала. Так, в ГК 22 ст. i30 предусматривала:

«Существенными во всяком случае признаются предмет договора, цена,

срок, а также все те пункты, относительно коих, по предварительному заявлению одной из сторон, должно быть достигнуто соглашение»-

Гражданский кодекс 1964 г. (ст. 160) назвал существенными условия (они именовались в нем, как и в ГК22, «пунктами»), которые признаны такими по закону или необходимы для договоров данного вида, а также все те пункты, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Приведенная норма была оставлена без изменений в Основах гражданского законодательства 1991 г.

Позиция ГК 22, выделявшего особо три признанных безусловно существенными условия – предмет, цену и срок, вызывала в свое время серьезные сомнения в литературе. Так, И.Б. Новицкий писал: «Этот перечень существенных в силу закона пунктов договора не имеет такого значения, что все эти пункты (предмет, цена и срок) непременно должны быть в каждом

договоре»1.

О.С. Иоффе еще ранее высказал аналогичное сомнение относительно

того, что цена и срок, указанные в ст. 130 ГК в качестве существенных условий, действительно являются таковыми во всех договорах2.

Отмеченное обстоятельство было учтено при создании ГК64. Статья 160 этого Кодекса, как видно из приведенного выше ее содержания, не выделяла особо никаких существенных условий конкретно, ограничиваясь указанием признаков, при наличии которых условие становилось существенным. В частности, в ней не были упомянуты ни предмет, ни определенная цена, ни определенный срок. Что касается условия о сроке, то вопрос о признании его для всех случаев существенным уже тогда отпал. Объяснялось это самой природой данного условия. Правило, в силу которого при отсутствии существенного условия договор признается незаключенным, предполагает, что соответствующее условие не может быть изменено ни императивной, ни диспозитивной нормой законодательства, ни путем толкования самого договора. Из этого, в частности, следует от противного, что, если диспозитивная норма закона перекрывает все возможные варианты решения соответствующего вопроса, его согласование сторонами не должно рассматриваться как непременное требование для

признания договора заключенным. Именно так произошло с условием о сроке в ГК 1964 г. В нем содержится статья, весьма симптоматично названная «неопределенность срока исполнения обязательства», которая устанавливала, каким должно быть признано условие о сроке, если сами стороны не согласовали иное (ст. 172 ГК64 г.).

' Новицкий Н.Б„ ЛунцЛ.А. Указ. соч. С. 143. 2 См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций: Общая часть. Право

собственности. Общее учение об обязательствах. Л., 1949. С. 387.

Новый ГК пошел далее по тому же пути. Прежде всего он изменил по существу норму, посвященную условию о сроке. Согласно п, 2 ст. 314 ГК, в случаях, когда обязательство не предусматривает срока его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства.

Аналогичным образом, но уже впервые новый ГК поступил с условием о цене. Пункт 3 ст. 424 установил, что в случаях, когда в возмездием договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги. Тем самым не должно считаться существенным, с точки зрения нового ГК, условие не только о сроке, но и о цене, поскольку и в данном случае есть запасной выход, охватывающий для соответствующего условия все возможные варианты (имеется в виду приведенная норма Кодекса).

Наряду с чисто субъективным критерием (существенными признаются все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто согласие) ст. 432 ГК использует четыре признака, каждый из которых достаточен для того, чтобы считать соответствующее условие существенным.

Один из них определен в самой этой статье: как уже отмечалось, для любого договора существенным является условие о его предмете. Другой признак – существенным признается условие, которое названо таковым в законе или в иных правовых актах. Третий – условие, которое необходимо для договоров данного вида, а четвертый рассматривает как существенные все необходимые для данного договора условия. Таким образом, например, указание на круг существенных (обязательных) условий в какой-либо главе второй части Кодекса или в специальных правовых актах, посвященных соответствующему типу (виду) договоров, является возможным, но не обязательным.

Выделение среди существенных условий, которые необходимы для данного вида (типа) договоров, приобретает особое значение, когда речь идет о непоименованных договорах, т.е. таких, которые заведомо отличаются отсутствием для них специального законодательного регулирования, а значит, и установления перечня отражающих специфику этого типа (вида) договоров обязательных условий.

Приведенные положения позволяют сделать вывод, что применительно к договорным моделям, не предусмотренным ГК или другими правовыми актами, существенными должны признаваться только предмет', уело-

Следует отметить, что С.Н. Ландкоф еще в период действия первого из Кодексов признавал предмет единственным по-настоящему существенным условием догово-

вия, являющиеся необходимыми для данного договора, а также те, относительно которых по требованию одной и сторон должно быть достигнуто соглашение. И только для выделенных в

Кодексе (другом правовом акте) договоров действует в полном объеме его статья 432 с ее четырьмя группами существенных условий. Таким образом, различие состоит в том, что для не предусмотренных в ГК или другом правовом акте договоров не действу-іСТ правило о признании существенными для них условий, расцениваемых ^'соответствующим образом законом или иными правовыми актами'.

Р.О. Халфина и О.А. Красавчиков были в числе тех авторов, которые высказали весьма оригинальные, хотя и не бесспорные взгляды по вопросам, связанным с представлением о способах выделения существенных условий и их значении.

• Так, по мнению Р.О. Халфиной, «закон дает обязательный, но не исчерпывающий, а примерный перечень условий, относительно которых должно быть достигнуто соглашение сторон»2. Между тем точно так жеу как и ГК 22, который имела в виду Р.О. Халфина, ныне действующий Кодекс в соответствующей статье содержит, помимо отсылок к воле сторон;

четко обозначенный перечень прямо названных им условий или условий, которые могут быть определены из природы самой модели определенного, договорного типа (вида). Таким образом, есть основания рассматривать соответствующие статьи всех трех кодексов как обязательный для сторон минимум и вместе с тем возможный максимум. Следовательно, не совсем-верным является и указание на то, что «установление круга существенных условий каждого конкретного договора зависит от воли сторон»3. Приведенное указание нуждается в уточнении, особенно после вступления в силу нового ГК, хотя бы потому, что в нем содержатся для многих конкретных договорных типов (видов) достаточно широкий круг абсолютно обязательных условий, которые необходимо согласовать. И все это наряду с обязательным набором условий, содержащихся в самой ст. 432 ГК.

3. Приве-

Обязательность отдельных договорных условий может служить, в частности, гарантией защиты интересов слабой стороны. В качестве примера можно указать на п. 2 ст. 587 ГК, который называет в числе существенных условия договора о передаче под выплату ренты денежной суммы или ино^

ров. При этом он ссылался на то, что из трех названных в ст. 130 ГК «существенными условий – о предмете, цене и сроке, по крайней мере, два – цена и срок могут и отсутствовать в договоре» {Ландкоф С.Н. Основи цив1льного права. С. 177). ' При окончательном редактировании части первой действующего Гражданского кодекса вкралась неточность в часть вторую пункта і ст. 432: написано «или необходимые», а следует читать «или необходимы».

2 Халфина Р.О. Указ. соч. ст. 202.

3 Там же.;

го движимого имущества, необходимость для плательщика ренты предоставить обеспечение исполнения его обязательства или застраховать в пользу получателя ренты риск ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение перед ним обязательства.

Гарантии интересов кредиторов и общества также находят отражение во многих статьях нового ГК (примером могут служить нормы, определяющие отдельные условия учредительных договоров – п. 2 ст. 52, п. 2 ст. 70, п. 2 ст. 83, п. 2 ст. 89, п. 2 ст. 122).

Во всех случаях, если только речь не идет о необходимости защитить интересы одной из сторон

договора либо общества в целом, включение того или иного условия в состав существенных направлено на то. чтобы создать гарантии определенности взаимоотношений сторон, в чем непосредственно заинтересован гражданский оборот.

О.А. Красавчиков, деля все возможные условия договора на существенные и несущественные, относил к числу первых «те договорные условия, которые имеют юридическое значение, т.е. влияют на формирование и существо правоотношения, возникающего из соответствующего договора»'. В этот круг он, в частности, включал условия относительно участников правоотношения, его предмета и цены последнего, времени и способах исполнения договорного обязательства.

Представляется, что указанным автором признаком в действительности обладают любые условия, включенные в договор. Тем самым с его же позиции не остается места для одновременного выделения условий «несущественных». Кроме того, вряд ли можно считать договорным «условие относительно участников», ибо в принципе невозможно соглашение сторон о том, кто именно из них будет участником. Круг участников должен быть определен до начала согласования условий, и в само соглашение он, очевидно не входит. Состав участников безусловно должен быть предусмотрен в договоре, но это не означает, что в данном случае речь идет о договорном условии, подобно тому, как не могут считаться им такие реквизиты логово-' ра, как место или время его подписания.

Особый интерес в этом смысле представляет позиция Венской конвенции о международной купле-продаже товаров и, в частности, ее ст. 19. Указанная статья, посвященная акцепту, содержит три весьма важных положения. Прежде всего в ней указано на то, что ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, но содержит дополнения, ограничения или иные изменения, должен признаваться отклонением оферты и представлять собой встречную оферту. Затем соответствующее положение конкретизируется: «Однако ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, но содержит дополнительные или отличные условия, не меняющие суще-

Советское гражданское право. Т, I, 1968. С. 19.

ственно условия оферты, является акцептом, если только оферент без неоправданной задержки не возразит против этих расхождений или не направит уведомления об этом. Если он этого не сделает, то условиями договора будут являться условия оферты с изменениями, содержащимися в акцепте». Наконец, статью завершает весьма важное указание на то, что «дополнительные или отличные условия в отношении, среди прочих, цены, платежа, качества и количества товара, места и срока поставки, объема ответственности одной из сторон перед другой или разрешения споров считаются существенно изменяющими условия оферты»'.

Смысл приведенной статьи состоит, очевидно, в признании существенным любого предложенного адресатом оферты условия. Что же касается выделения «существенных дополнений, ограничений или отличных условий», это связано лишь с тем, какое значение будет придаваться молчанию оферента. Имеется в виду, очевидно, что для несущественных дополнений и расхождений в направленном оференту сообщении оно означает согласие со встречной офертой, а для несущественных молчание – несогласие. При' этом круг «дополнительных или отличных условий», о которых идет речь, строго ограничен.

Интерес представляет собой одно из рассмотренных ВТАК дел, которое описано в Комментарии к Венской конвенции. Организация требовала от иностранной фирмы возмещения убытков, связанных с непринятием фирмой товара по договору, который, полагал истец, был между ними заключен.

Арбитраж отказал в иске, признав, что между сторонами договор в действительности не состоялся. При этом подчеркивалось, что истец направил ответчику оферту, которая содержала все существенные условия договора. В ответ на нее фирма подтверждала согласие на оферту, но указала на два дополнительных пункта. Между тем истец никак не реагировал на письмо ответчика. Автор комментария (М.Г. Розенберг) привел соответствующее дело в подтверждение понимания ст. 19 Венской конвенции2.

В ГК и других правовых актах нет подобного разграничения. Однако основной признак сохраняет свое значение: условие, которое указано в оферте или в ответе на нее и представляет встречную оферту, признается существенным.

По этой причине, в частности, когда в соответствии со ст. 455 ГК при заключении договора в обязательном порядке адресат оферты составляет протокол разногласий, то договор считается заключенным только при условии, если от оферента в соответствии с этой статьей в 30-дневный срок

' Аналогичное положение о дополнительных условиях, «не меняющих существенно оферты», включено и в Принципы международных коммерческих договоров (ст. 2. П)-•' См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров;

Комментарий. С. 62.

поступило извещение о согласии. А это означает, что все записанные в протоколе разногласия представляют собой условие существенное.

На наш взгляд, невозможно устанавливать цель выделения существенных условий за пределами общепризнанного – того, что они являются необходимыми и достаточными для достижения соглашения, и в зависимости от цели определять значимость соответствующих условий. Этот упрек можно было адресовать, например, Ф.И. Гавзе, который полагал обязательным относить к существенным условиям все, что конкретизирует предмет договора, другие пункты, которые важны для установления природы договора например цену по договорам возмездным, указание на безвозмездность для безвозмездных договоров и все остальные пункты, без согласия по которым должник не может приступить к исполнению обязательств'. Все то, о чем писал автор, должно быть адресовано исключительно тем, кто создает нормы, но не тем, кто их применяет. Для этих последних указанное выделение отдельных условий по признаку их значимости роли не играет.

Согласование существенных условий означает, что договор заключен. Отсюда от противного следует, что при отсутствии согласия хотя бы по одному из таких условий указанная цель не будет достигнута. В связи с отмеченным возникает необходимость определить, что представляет собой «незаключенный договор» и в каком соотношении он находится с конструкцией «недействительный договор». Или, что по сути дела одно и то же, каково соотношение «несостоявшейся сделки» со сделкой «недействительной»?

Указанный вопрос подвергся рассмотрению в основном в работах В.П. Шахматова и Н.В. Рабинович. Выводы, к которым пришел каждый из авторов, оказались прямо противоположными. Так, Н.В. Рабинович положила в основу указанного разграничения последствия тех и других сделок (договоров), имея в виду, что при несостоявшейся сделке ими служат обязательства из неосновательного обогащения, а при недействительной – те специальные последствия, которые установлены законом применительно к признанию сделок (договоров) недействительными по тому или иному основанию, указанному в ГК2. При этом к «несостоявшимся» отнесены сделки (договоры),

совершенные при отсутствии указанного в законе фактического состава (1), при неопределенности воли (2), при отсутствии в соглашении существенного условия (3) и при воздействии на волю участников, когда он полностью лишен воли (4).

В.П, Шахматов, подвергнув критике взгляды Н.В. Рабинович, пришел к выводу, что деление на «незаключенные» и «недействительные» сделки (договоры) не имеет практического значения, поскольку последствия ис"

См.: Гавзе Ф.И. Указ. соч. С. 116, 2 См.: Рабинович Н.В. Указ. соч. С. 21.

полнения «незаконных сделок» все равно определяются по правилам, установленным для недействительных сделок. При этом автор ссылался на действовавшую в то время ст. 48 ГК 64, которая предусматривала, что сделки, не соответствующие закону, недействительны и в подобных случаях наступает, если иное не предусмотрено в законе, двусторонняя реституция'.

Если иметь в виду «несостоявшиеся сделки (договоры)», то оценка, которую дала им Н.В. Рабинович, представляется единственно правильной. Во-первых, для оспаривания юридического действия подобного договора нет необходимости прибегать к правилам о недействительности сделок. Если стороны не согласовали какого-либо из числа существенных условий договора, это будет означать, что отсутствует соответствующий юридический факт (договор-сделка), а значит, не возникают последствия этого факта (договор-правоотношение). Во-вторых, отождествление «несостоявшихся» договоров с недействительными представляется весьма спорным и по существу. Так. несостоявшийся договор («незаключенный договор») – это всегда «ничто», а недействительный – может быть «нечто», имея в виду те специальные последствия, которые указаны в законе на этот счет.

Воспользовавшись для незаключенных договоров конструкцией неосновательного обогащения можно удовлетворить интересы сторон и не прибегая к правилам о недействительности сделок. Имеется в виду не сам вопрос о том, заключен ли договор, а то, что с этим связано, т.е. применение соответствующих последствий.

Различия в выводах, которые следуют из этих двух взглядов, можно проиллюстрировать на таком примере: договор по своему содержанию противоречит закону (например, правилам о валютных операциях); однако при заключении договора не было согласовано условие о его предмете. С позиций Н.В. Рабинович никаких санкций не наступает. В то же время, с точки зрения В.П. Шахматова, должно последовать взыскание в доход государства всего, что получено или должно быть получено по несостоявшейся сделке.

Интерес представляет ст. 339 ГК. В ее п. 1 предусмотрен перечень условий, которые должны быть указаны в договоре о залоге (предмет залога, его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом). В то же время в п. 2 и 3 той же статьи содержится указание на необходимость соответственно соблюдать правила о форме и регистрации договора. Кроме того, п. 4 ст. 399 ГК посвящен недействительности соответствующих договоров. В нем специально обозначено, что указанное последствие наступает только при нарушении требований о форме и регистрации договора. Следовательно, нарушение правила об обязательном

См.: Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. С.90-92.

составе условий договора его недействительность влечь не может. Именно такое понимание сущности соответствующей статьи выражено применительно к одному из типов договоров в

Постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8. В нем подчеркнуто, что «если сторонами не достигнуто соглашения хотя бы по одному из названных (имеется в виду названных в п. 1 ст. 339 ГК. – Авт.) условий либо соответствующие условия в договоре отсутствуют договор о залоге не может считаться заключенным (выделено нами. -

Авт.)^.

В специальных нормах ГК об отдельных видах договоров чаще всего

отсутствие существенного условия прямо оценивается как признание договора незаключенным. Имеются в виду п. 3 ст. 607 ГК («Объект аренды»), п. 2 ст. 465 («Количество товара»), ст. 554 ГК («Определение предмета в договоре продажи недвижимости») и др.

В литературе нет устойчивой точки зрения по этому вопросу. Достаточно указать на то. что в одной и той же книге («Общее учение об обязательстве») в разделе, написанном одним и тем же автором (И.Б. Новицким), отсутствие существенного условия рассматривается в одном случае как «недействительность договора», а в другом – как «несостоявшийся договор»2.

Различие в понятиях «незаключенные» и «недействительные» договоры можно проследить на примере формы договора применительно к ситуациям, когда она устанавливается в силу специального соглашения сторон. Представляет интерес сопоставление позиций Принципов международных коммерческих договоров и ГК.

В ст. 2.13 Принципов специально предусмотрен случай, когда одна из сторон потребовала соблюсти особую форму договора. Эта ситуация влечет за собой такие же последствия, как и любое другое заявленное в ходе заключения договора требование одной из сторон: при отсутствии по соответствующему вопросу соглашения между сторонами, а равно в случае, если достигнутое соглашение не будет соблюдено, договор считается незаключенным.

Аналогичной статьи в ГК нет. Однако требования стороны о форме договора, более жесткие, чем установленные законом, вполне укладываются в рамки тех, которые в соответствии со ст. 432 ГК по заявлению стороны должны быть согласованы под страхом признания договора незаключенным. Такой вывод соответствует ст. 434 ГК, которая четко разграничивает два возможных случая: при одпом форма сделки не отвечает требованиям закона, а при втором – требованиям, определенным соглашением сторон.

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1990. № 9. С, 15. 2 Новицкий И.Б.. Луни Л.А. Указ. соч. С. 148 и 149.

При этом в обоих случаях, как вытекает из приведенной статьи, договор считается заключенным только после придания ему соответствующей формы, Иначе говоря, при несоблюдении формы независимо от того, предусмотрена ли она законом или самими сторонами, договор признается незаключенным.

В то же самое время иным будет решение, если обратиться к статьям главы «Сделки». В частности, в них предусмотрено, что нотариальное удостоверение сделок возможно как в случаях, указанных в законе, так и в тех случаях, когда это предусмотрено соглашением, хотя бы по закону для сделок данного вида эта форма не требовалась (ст. 163 ГК). И, как следует из п. 1 ст. 165 ГК, всегда, когда не соблюдена нотариальная форма (не имеет значения, установлена ли обязательность такой формы законом или соглашением), сделка признается недействительной, более того – ничтожной.

Аналогичная ситуация имеет место в случаях, когда в законе или договоре предусмотрена и обязательность простой письменной формы сделки, и недействительность сделки как последствие нарушения этого требования (п. 2 ст. !62 ГК),

Таким образом, создается определенная коллизия норм о последствиях' ситуации, при которой сделка вопреки требованиям закона или соглашению сторон не была удостоверена у нотариуса (или требующая непременно простой письменной формы была совершена устно). Соответствующая коллизия имеет прежде всего то значение, что, если сделку при указанных обстоятельствах признают недействительной, ее последствия будут определяться в соответствии со ст. 167 ГК, а при признании сделки незаключенной – по нормам гл. 60 ГК. При этом в силу ст. 1103 ГК к случаям воз-. врата исполненного по недействительной сделке нормы главы о неоснова-':

тельном обогащении могут применяться только субсидиарно'.

Еще более значимым является вопрос о возможности применения к сделкам, нарушающим предусмотренную сторонами форму, п. 2 ст. 165 ГК, который позволяет при определенных условиях «исцелять» сделки, совершенные с нарушением формы2. Последовательно придерживаясь принципа– неисполнение требований о форме, определенной соглашением сторон,

В этом проявляется, в частности, одна из основных особенностей обязательств из, неосновательного обогащения по новому ГК – их универсальный характер (см. об этом: Маковский А.Л. Обязательства из неосновательного обогащения // Гражданский кодекс Российской Федерации, часть вторая. Текст. Комментарий. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 597 и ел.).

В силу п. 2 ст, 165 ГК, если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, которая требует нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от этого, суд вправе по требованию того из контрагентов, который исполнил сделку, признать ее действительной. В указанном случае нотариальное удостоверение сделки не требуется,

означает незаключение сделки, на поставленный вопрос следует дать отрицательный ответ. Тем самым п. 1 ст. 165 ГК должен применяться, очевидно только в случаях, когда нарушено требование о форме, которое содержится в законе или ином правовом акте. Речь идет, таким образом, об одном из вариантов ограничительного применения нормы.

Для условий, прямо названных в ГК, иных законах и других правовых актах существенными, отпадают какие бы то ни было сомнения в необходимости их согласования, имея в виду, что без этого договор не может считаться заключенным. Примером могут служить п. 1 ст, 489 ГК («Оплата товара в рассрочку»), п. 2 ст. 429 ГК («Предварительный договор»), п. 2 ст. 587 ГК («Обеспечение выплаты ренты»), п. 1 ст. 558 ГК («Особенности продажи жилых помещений»), п. 1 ст. 654 («Размер арендной платы»).

Из других актов с аналогичной редакцией соответствующей статьи можно указать на Временное положение о депозитарных операциях банков в Российской Федерации, которое содержит перечень, состоящий из восьми условий, прямо названных существенными'.

В некоторых случаях термин «существенные условия» указан в назва^ нии статьи, и, если считать, что название это тоже часть включенных в статью норм2, есть основания признать соответствующие условия существенными, Примером могут служить п. 1 ст, 1016 ГК («Существенные условия договора доверительного управления имуществом») и ст. 942 ГК («Существенные условия договора

страхования»).

Ряд норм ГК, иных законов и других правовых актов ограничивается указанием на необходимость включать в тот или иной договор определенный круг условий. Это относится, в частности, к условиям учредительных договоров при создании юридических лиц, построенных на началах членства (п. 2 ст. 52 ГК), специально применительно к учредительным договорам полного товарищества (п. 2 ст. 70 ГК), товарищества на вере (п. 2 ст- 83 ГК), к условиям договора пожизненного содержания с иждивением (п, 2 ст. 602 ГК) или государственного контракта на выполнение работ (п. 1 ст. 766 ГК). В подобных случаях отсутствие соответствующего условия в договоре не всегда влечет за собой признание его незаключенным, если только оно не должно считаться необходимым для данного конкретного договора или одна из сторон настаивает на его принятии. При возникнове-

См.: Банковский бюллетень. 1995. № 2,

2 ГК не содержит нормы, аналогичной включенной в ст. 1-109 Единообразного торгового кодекса США: «Заголовки статей являются частью настоящего Закона». При отсутствии такого указания в ГК в случае, если будет обнаружено определенное расхождение между названием и содержанием соответствующей статьи, очевидно, приоритет должен быть отдан самой статье по отношению к ее названию. Однако в приведенном в тексте случае коллизия, о которой идет речь, отсутствует.

,-Тнии спора относительно значения такого условия, которое входит в перечень подлежащих согласованию, но не названных прямо существенными условий, оценку дает суд. При этом он исходит из презумпции: соответствующие условия являются существенными.

Наконец, есть и еще один вариант, при котором определенные условия прямо не называются существенными, но зато в самой норме вслед за обязательностью включения ее в договор воспроизводятся общие положения о последствиях недостижения согласия между сторонами по таким условиям. Так, установлена необходимость конкретизировать объекты в договоре аренды с тем, что в противном случае это условие признается несогласованным, а соответствующий договор не считается заключенным (п., 3 ст. 607 ГК). Точно так же договор о продаже товаров в кредит с условием о просрочке платежа признается заключенным, если в нем наряду с другими существенными условиями купли-продажи указаны цена товара, порядок, сроки и размеры платежей (п. 1 ст. 489 ГК), а договор продажи недвижимости не будет признаваться заключенным при отсутствии данных, которые позволяют определенно установить расположение недвижимости, в том числе на соответствующем земельном участке либо в составе другого недвижимого имущества (ст. 554 ГК). Во всех таких случаях отнесение соответствующих условий к числу существенных не вызывает сомнений.

Включенное в п. 1 ст. 432 ГК указание на то, что к существенным относятся такие условия, которые необходимы для договоров данного вида, адресовано не только сторонам, но и самому законодателю. Речь идет о том, что в целях внесения определенности во взаимоотношения сторон ГК, другие законы, иные правовые акты при определении перечня обязательных для сторон условий учитывают специфику соответствующего типа (вида) договоров.

Так, в число обязательных к согласованию и тем самым существенных условий в договоре о купле-продаже товаров в рассрочку включены, наряду с другими, цена товара, порядок, сроки и размер платежей (п. 1 ст. 489 ГК), государственного контракта на выполнение подрядных работ для

государственных нужд – объем и стоимость подлежащей выполнению работы, сроки ее начала и окончания, размер и порядок финансирования и оплаты работ, способы обеспечения исполнения обязательств (п. 1 ст. 766 ГК). Условия, содержащие указание имущества или иной имущественный интерес, который составляет объект страхования, страхового случая, размера страховой суммы, сроков действия, – все они обязательны и соответственно являются существенными применительно к договору имущественного страхования, а указание застрахованного лица, страхового случая, размера страховой суммы и срока действия договора является существенным для договора личного страхования (ст. 942 ГК).

Всякий раз, когда стороны заключают договор, они определяют, во-пеовых о чем им предстоит договариваться и, во-вторых, какими должны быть условия договора. Однако формулирование условий договора одновременно подчиняется действию принятых законодателем норм. При этом пределы такой подчиненности зависят от характера и от содержания нормы.

Прямое воздействие на договор оказывают лишь императивные нормы. Такое воздействие происходит независимо от воли сторон. Более того, как уже неоднократно отмечалось, согласованная воля сторон, которая расходится с императивной нормой, порочна, а значит, при коллизии договорного условия с такой нормой абсолютным приоритетом обладает последняя. Иное дело диспозитивная норма. Поскольку она носит «запасной характер», включение в договор отличного от нее условия требует согласования воли сторон. Отказ от диспозитивной нормы может принимать только одну форму: зафиксированные в законе или ином правовом акте в виде диспозитивной нормы правила заменяются другими, включенными в договор. Имеется в виду, что, если та или иная норма является диспозитивной, стороны по общему правилу вправе вообще исключить действие соответствующего положения, кроме случаев, когда это последнее по своему характеру относится к числу существенных. Кроме того, норма не действует и тогда, когда она привязана к какому-либо условию договора, которое может в нем и отсутствовать. Такая норма, которая тем самым является факультативной, содержится в п. 2 ст. 471 ГК – об установлении гарантии качества товара в договоре купли-продажи.

Гражданско-правовой договор возникает по поводу передачи вещей, выполнения работ или оказания услуг. При любом из этих трех вариантов суть договора можно, по общему правилу, свести к определению четырех параметров, каждый из которых отвечает соответственно на один из следующих вопросов: что, сколько, когда и каким образом?

Условие о предмете – единственное абсолютным образом отнесенное в ГК к существенным договорное условие, призванное дать ответ на первых два вопроса.

В широком смысле слова предмет охватывает весь набор показателей того, по поводу чего заключен договор. Сюда входят данные о предмете, как таковом, включая количество, качество и цену передаваемых товаров, выполняемых работ и оказываемых услуг.

Однако применительно к составу существенных условий понятие предмета договора значительно сужается. Так, когда ГК 22 отнес к числу существенных условий договора «предмет, цену и срок», тем самым цена вместе со сроком оказалась за пределами предмета. В действующем ГК особо выделены условие о цене в ст. 424, помещенной в подраздел 2 «Общие положения о договоре», а также условие о качестве, но лишь примени-

тельно к отдельным видам договоров (имеются в виду соответствующие статьи глав о купле-продаже,

подряде, финансовой аренде, товарном кредите и др.).

Необходимость включать в договор условие о количестве обосновывается весьма элементарным соображением: без этого условия договор становится «ни о чем». Может показаться, что именно такая ситуация складывается в договоре на энергоснабжение, поскольку в силу п. 3 ст. 541 ГК при выступлении в роли потребителя энергии, передаваемой через присоединенную сеть (абонента), гражданина, поскольку он вправе использовать энергию в количестве, которое для него необходимо. К тому же, как позволяет сделать вывод соответствующая норма, сам гражданин определяет количество потребной ему энергии.

Однако, в действительности, и в указанном договоре тоже присутствует условие о количестве. Все дело лишь в том, что оно определяется фактически используемым объемом. Здесь может быть проведена аналогия с обязательствами до востребования, при которых срок в обязательстве присутствует, но он будет конкретизирован впоследствии с тем, что право его определения заведомо принадлежит одной из сторон – кредитору. В договоре на энергоснабжение применительно к количеству в этой роли выступает потребитель – такой же кредитор в обязательстве подавать энергию.

Как уже отмечалось, в самом элементарном виде предмет выражается в формуле «чего и сколько». Однако в ряде случаев законодатель признает это недостаточным, дополняя приведенную двучленную формулу и другими данными. Например, в ст. 467 ГК говорится об ассортименте товаров, а в ст. 479 ГК – об их комплектности (в том и другом случае имеется в виду договор купли-продажи).

В договоре дарения указание конкретного предмета имеет двойное значение. Прежде всего, из п. 2 ст. 572 ГК вытекает, что оно является существенным условием и без него договор дарения должен считаться незаключенным. Вместе с тем договор, в который вместо указания соответствующего предмета включено обещание подарить все свое имущество или его часть, признается ничтожным, поскольку такое условие включать запрещено в силу той же ст, 572 ГК. Помимо прочего появление соответствующей статьи объясняется тем, что в противном случае предмет договора и сам договор становятся неопределенными.

Наиболее скупым образом условие о предмете выражено применительно к купле-продаже в п. 3 ст. 455 ГК: наименование и количество товара. В некоторых случаях для предмета договора используется описательная формула. Так, в п. 3 ст. 607 ГК предусмотрена необходимость включать в договор аренды данные, позволяющие определенно установить подлежащее передаче имущество. Возможны случаи, когда для индивидуализации

предмета используется такой показатель, как его стоимость (с№ п. 3 ст. 919 ГК – для договоров, заключаемых с ломбардом).

В договоре бытового заказа предмет обязательства заказчика представлять свой материал конкретизируется точным наименованием, описанием и ценой материала (ст. 734 ГК); при продаже предприятия предусматриваются его состав и стоимость, определяемые на основе инвентаризации

(п. I ст. 561 ГК).

Что же касается самого характера предмета договора, то в этой роли могут быть названы «имущество» (п. 1 ст. 583 ГК), «вещь и имущественное право» (п. 1 ст. 572 ГК), «товары» (п. 1 ст.525

ГК), «недвижимое имущество» (п. 1 ст. 549 ГК), «энергия» (п. 1 ст. 539 ГК), «непременно вещь» (ст. 606 ГК), «непотребляемая вещь» (ст. 666 ГК), «услуга» (п. 1 ст. 779 ГК), «техническая документация» (ст. 758 ГК) и «деньги или другие вещи, определенными родовыми признаками» (п. 1 ст. 807 ГК).

Уже отмечалось, что в отличие от наименования и количества условие о качестве не является само по себе существенным ни как таковое, ни как часть условия о предмете договора. В данном случае имеется в виду, что в силу ст. 309 ГК обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с его условиями и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. Последние, и именно применительно к одному из основных элементов надлежащего исполнения – качеству, в ряде случаев конкретизируются применительно к отдельным видам договоров. Например, п. 2 ст. 469 ГК предусматривает, что при отсутствии в договоре купли-продажи условия о качестве подлежит поставке товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется. Однако независимо от наличия соответствующей конкретизации сама ст. 309 ГК содержит тот «запасной» вариант, который позволяет не считать условие о качестве существенным для данного договора. Специальное решение содержится в нормах, посвященных некоторым видам (типам) договоров. Так, применительно к подряду установлено, что качество работы должно отвечать условиям договора;

однако при отсутствии или неполноте условий договора качество должно соответствовать требованиям, которые обычно предъявляются к работам соответствующего рода (п. 1 ст. 721 ГК).

ГК в ряде случаев содержит по вопросу о качестве прямые отсылки к обязательным для сторон требованиям, установленным в нормативном порядке. Такие указания в общем виде содержатся, например, в п. 4 ст. 469 ГК («Качество товара») или в п. 1 ст. 542 ГК («Качество энергии»),

Под установленными в нормативном порядке требованиями подразумеваются международные и национальные стандарты и другие норматив-

ные акты, которые предусмотрены Законом о стандартизации* и другими, изданными в его развитие актами.

Ссылка на нормативные акты о качестве содержится, в частности, в п. 2 ст. 721 ГК: в случаях, когда законом, иными правовыми актами или в установленном ими порядке предусмотрены обязательные требования к работе, которая выполняется по договору подряда, подрядчик, который действовал как предприниматель, должен выполнять работу, соблюдая эти обязательные требования; при этом сторонам разрешено отступать от соответствующих требований только в лучшую сторону. Аналогичная норма включена в п. 4 ст. 469 ГК, посвященный качеству товара в договоре купли-продажи.

Если стороны по требованию одной из них согласовали повышенные по сравнению с обязательными для них требования к качеству – налицо обычное существенное договорное условие. В остальных случаях нормативного регулирования требований к качеству речь идет об императивных нормах, обязательных для сторон независимо от того, будет ли на этот счет достигнуто согласие или нет. Соответственно указанное правило, как уже отмечалось ранее, находится за пределами договора.

Срок – одно из основных договорных условий. Им определяются временные рамки существования самого договора и в этих пределах моменты (периоды), в которые должно состояться исполнение обязательств контрагентами. Срок имеет значение и для однократных действий (например, поставки

одной партии товаров), и для действий многократных (ежемесячные поставки). Последний вариант играет особую роль при организации взаимоотношений различных органов транспорта для предоставления в течение достаточно длительного периода взаимных услуг, а равно при длящихся поставках. Характерны в этом смысле указания, содержащиеся в Законе «О государственном регулировании в области добычи и использования угля, об особенностях социальной защиты работников угольной промышленности»2: в целях обеспечения стабильности функционирования организаций по добыче (переработке) угля предусмотрено, что потребите-ли угля заключают с такого рода организациями долгосрочные договоры поставки угля и (или) продукции его переработки. При этом особо установлена необходимость соблюдения в этих случаях требований Гражданского кодекса.

Глава 11 ГК, посвященная срокам в гражданском праве, различает сроки, определенные календарной датой, во-первых, и истечением периода времени, во-вторых. К последним отнесены периоды, исчисляемые годами,

Имеется в виду Закон Российской Федерации от 10 июня 1993 г. «О стандартизации» (см.: Ведомости Российской Федерации. 1993. № 23. Ст. 917). 2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 26. Ст. 3033.

месяцами, неделями, днями или часами. Правда, специальные нормы этой главы посвящены только срокам, выраженным в годах, месяцах, неделях, днях. Порядок исчисления сроков в часах в ней не выделен, хотя в ряде случаев такой вопрос возникает1. Однако принцип, лежащий в основе порядка исчисления других периодических сроков, позволяет сделать вывод, что срок, выражаемый в часах, истекает в последнюю минуту часа.

В силу п. 1 ст. 425 ГК договор вступает в действие и становится обязательным для сторон в виде общего правила с момента его заключения. Соответственно, например, для консенсуального договора купли-продажи им будет момент, в который достигнуто в надлежащей форме соглашение по всем существенным условиям продавца с покупателем, а для реального договора займа – момент передачи на основе достигнутого соглашения денег или другой, определяемой родовыми признаками вещи.

Однако п. 2 ст. 425 ГК допускает установление сторонами иного, – того, что условия договора будут применяться к отношениям, которые сложились до заключения договора. Примером может служить реальный договор страхования. Включенная в п. 1 ст. 957 ГК норма, в силу которой этот договор вступает в действие с момента уплаты страховой премии или первого ее взноса, носит диапозитивный характер. Соответственно допускается возможность установления в договоре иного: его действие начинается ранее того, что в этом договоре составляет «передачу вещи». Это означает, что страхование может распространяться-эда страховые случаи, которые произошли и ранее заключения договора.

Специальные правила могут касаться и момента начала действия договора. Так, например, в договоре энергоснабжения, в котором потребитель -гражданин, признание договора заключенным и тем самым вступившим в действие увязывается с моментом первого фактического подключения абонента в установленном порядке к присоединенной сети (ст. 540 ГК).

Наряду с моментом начала действия договора специальные правовые последствия влечет прекращение его действия. В самом общем виде оно вызывает прекращение прав и обязанностей сторон. Это означает, что с указанного момента могут возникнуть только новые права и обязанности

между сторонами: поставщик, принявший на себя обязательство поставлять в течение определенного периода товары, с прекращением договора может и должен прекратить поставку. Точно так же комиссионер, агент или поверенный прекращают оказание услуг соответственно комитенту, доверите-•лю, принципалу. Однако во всех таких случаях прекращение действия до-

Так, например, ст. 28 Закона «О защите прав потребителей» (Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 3. Ст. 140) предусматривает возможность взыскания неустойки на случай просрочки выполнения работ с исчислением ее в

часах.

говора само по себе не затрагивает действительности других, ранее возникших прав и обязанностей сторон. У таких прав и обязанностей своя собственная судьба. Имеется в виду, что договор может быть прекращен, но ранее возникшее обязательство продолжает существовать: покупатель обязан оплатить поставленные в период действия договора товары, а комитент, доверитель и принципал – ранее предоставленные им услуги. Точно так же, если, например, срок действия договора аренды закончился 1 января 1998 г., арендатор утрачивает право на пользование соответствующим имуществом с этого дня. Однако, если он не внес арендную плату за определенный период 1997 г., обязанность оплатить основную сумму этого долга вместе с неустойкой (пеней) сохраняется в полном объеме и после 1 января 1998 г.

Таким образом, ранее возникшее обязательство существует до тех пор, пока оно не будет надлежащим образом исполнено или не наступят другие обстоятельства, которые в силу ст. 409-419 ГК служат основанием прекращения обязательств. По этой причине, когда п. 4 ст. 425 ГК устанавливает ~ окончание срока действия договора не освобождает стороны от ответственности за нарушение обязательства, в основе приведенного положения лежит признание того, что обязательство продолжает действовать, а потому действуют и условия об ответственности за его нарушение. Сохраняют свое действие и способы обеспечения соответствующего обязательства:

неустойка, залог, поручительство и др. Таким образом, прекращение действия договора обращено только в будущее. Это, однако, нисколько не умаляет значимости точного определения соответствующего момента.

Указанному вопросу – моменту прекращения обязательства – посвящен п. 3 ст. 425 ГК. Прежде всего в нем выделен случай, когда договор содержит специальное условие о сроке его действия или в самом договоре (в законе) предусмотрено, что истечение срока договора влечет за собой прекращение обязательства сторон.

Соответствующая норма должна применяться ограничительно. Она имеет в виду случаи, когда речь идет главным образом о длящихся отношениях. Так, например, стороны заключили договор на ежемесячную поставку товара в течение 1998 г. и при этом предусмотрели, что с окончанием этого года обязательства сторон прекращаются. В силу принципа реаль-•ного исполнения обязательств допущенная в одном месяце недопоставка должна восполняться в очередном месяце. Так, до 1 января 1998 г. обязательство поставлять товары прекращается на будущее время, а значит, недопоставки 1998 г. на 1999 г. не переносятся. Тем самым от восполнения в натуре таких недопоставок поставщик освобождается.

Другая ситуация складывается, если в договоре (законе) нет указаний, о которых шла речь, т.е. не определен срок действия договора вообще либо

если он и определен, но все же не предусмотрено, что с его истечением обязательство сторон прекращается. Тогда руководствуются иным правилом: договор признается действующим до определенного в нем момента окончания исполнения обязательств сторонами. Следовательно, если, например, срок исполнения обязательства поставки оборудования – 25 апреля 1998 г. то в соответствующих ситуациях при его нарушении обязанность восполнить недопоставленное вообще не возникает.

Имел место случай, когда был заключен договор на переработку древесины со сроком действия с 1 января 1995 г. по 31 декабря 1995 г. Под воздействием заказчика, использовавшего свое монопольное положение, подрядчик был вынужден в феврале 1996 г. заключить соглашение в форме протокола сторон, которым стоимость услуг, оказанных в 1995 г., в несколько раз увеличили. Между тем в течение этого года расчеты производились по ранее согласованным ценам. Учитывая отмеченное обстоятельство, Арбитражный суд указал на то, что до 31 декабря 1995 г. заказчик полностью рассчитался с подрядчиком и к моменту составления соглашения договорные обязательства в силу их исполнения прекратились. По этой причине было признано, что дополнительное соглашение, относящееся к уже не действовавшему основному обязательству, правовой силы не имеет.

Допускаются обязательства без точного указания в договоре срока их действия. Так происходит с договором хранения, в котором этот срок не указан и не может быть определен исходя из условий договора (п. 2 ст. 889 ГК). Другой пример – договор аренды, заключаемый на неопределенный срок (п. 2 ст. 610 ГК). В подобных случаях обе стороны или по крайней мере одну из них закон наделяет правом расторгнуть договор. При этом сам же закон предусматривает порядок осуществления этого права. Так, например, бессрочный договор аренды может быть расторгнут любой из сторон в любое время с предупреждением за один месяц, а при аренде недвижимого имущества или при бессрочном договоре простого товарищества – за три месяца.

При бессрочном договоре хранения право его расторгнуть предоставлено только одной стороне – поклажедателю, при этом с предупреждением в разумный срок. Придавая большое значение самой свободе сторон расторгнуть в любое время договор с неопределенными сроками действия, ст. 1051 ГК, имея в виду договор простого товарищества, специально предусмотрела запрет заключать соглашения, которые ограничивали бы право стороны на отказ от бессрочного договора.

Свобода сторон в определении срока действия договора ограничивается в ряде случаев законом. Обычно это связано с особенностями соответствующей договорной модели. Имеются в виду случаи, когда она рассчитана на отношения, носящие вторичный характер. По этой причине, например,

установлено, что договор поднайма не может превышать срока договора найма жилого помещения (п. 4 ст. 685 ГК), а срок договора коммерческой субконцессии не может быть более длительным по сравнению с договором коммерческой концессии, на основе которого он заключен (п. 1 ст. 1029).

Гражданский кодекс применительно к отдельным договорам предусматривает необходимость включения в них условия о сроке его действия. При этом иногда срок действия договора прямо именуется существенным условием. Примером могут служить договоры личного и имущественного страхования (п. 1 и 2 ст. 942 ГК), а также договор доверительного управления имуществом (п. 1 ст. 1016 ГК). Однако и в остальных случаях условие о сроке может быть признано существенным, если такой вывод можно сделать из редакции соответствующей нормы или характера договора.

Из всех разновидностей срока, которые имеют значение для договоров, наиболее подробно

урегулирован вопрос о сроке исполнения обязательств контрагентами. Ему посвящена ст. 314 ГК. Она исходит из того, что указание срока исполнения в договоре является общим правилом. При этом не имеет значения, было ли такое условие «определенным» или «определимым».

Соответственно установлено, что, если обязательство предусматривает («определенное условие») или позволяет определить («определимое условие») день его исполнения или период времени, в течение которого оно должно быть исполнено, обязательство подлежит исполнению в этот день или соответственно в любой момент в пределах соответствующего периода. Таким образом, если срок подачи судна под погрузку – март, из этого вытекает, что просрочка исполнения начнет исчисляться только с 1 апреля.

Высказанные соображения относительно природы условия о сроке отнюдь не исключают того, что, не являясь по общему правилу существенным, оно может приобрести такое значение не только в случаях, при кото-' рых одна из сторон требует его согласования, но и тогда, когда, как было показано, на этот счет есть прямое указание в главе ГК, ином законе или,-другом правовом акте, посвященном данному виду договоров1.

Подобно тому как это сделано в отношении сроков действия договора, законодатель применительно к некоторым договорам указывает способы определения срока исполнения либо содержит запасной на этот счет вари-

' Указом Президента Российской Федерации от 20 декабря 1994 г. «Об обеспечении правопорядка при осуществлении платежей по обязательствам за поставку товаров (выполнение работ или оказание услуг)» (см.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст. 3690) установлена обязательность определения в договоре, который предусматривает поставку товаров (выполнение работ или оказание услуг), сроков исполнения обязательств по расчетам за поставленные по до";

говору товары (работы, услуги).

ант. Так, например, при отсутствии в предварительном договоре срока заключения основного договора, т.е. срока исполнения основного обязательства сторонами, соответствующий срок признается равным одному году с момента заключения предварительного договора (п. 4 ст. 429 ГК). Если в договоре, предусматривающем поставку отдельными партиями, отсутствуют условия о сроках поставки, она должна производиться равномерными партиями помесячно (п. 1 ст. 508 ГК). При отсутствии срока в договоре найма жилого помещения он считается заключенным на пять лет (п. 1 ст. 683 ГК). Плата за жилое помещение должна вноситься ежемесячно в порядке, установленном Жилищным кодексом РФ (п. 3 ст. 682 ГК)1. Если в договоре постоянной ренты отсутствует срок выплаты денег, то им служит окончание календарного квартала, а при пожизненной ренте – окончание каждого календарного месяца (см. соответственно ст. 591 и 598 ГК).

Новый Кодекс, следуя в этом вопросе за ГК22 (ст. 111) и ГК 64 (ст. 172), содержит, как уже отмечалось, общее правило о порядке восполнения отсутствующего условия о сроке. Речь идет о ст. 314 ГК. Содержащееся в ней правило вступает в действие только при условии, что иное не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства. Законодатель явно стремился таким образом ограничить действие соответствующей специальной нормы.

Примером может служить глава о договоре подряда. Из содержащейся в ней ст. 708 ГК следует, что ст. 314 ГК, которая допускает «исцеление» договоров, в которых отсутствует условие о сроке, на

договор подряда не распространяется. Для подряда срок ~ существенное условие, и, если сторонам не удалось достичь соглашения по этому условию, договор признается незаключенным. Приведенное требование касается только двух сроков этого договора – начального и конечного. Сторонам предоставляется возможность включать в договор также и промежуточные сроки (сроки завершения отдельных этапов работ), но, если соглашения по этому вопросу не достигнуто и ни одна из сторон на включении этого условия в договор не настаивала, договор будет считаться заключенным, но уже без промежуточного срока. Таким образом, и на промежуточные сроки в этом договоре ст. 314 ГК не распространяется.

Суть ст. 314 ГК состоит, как уже отмечалось, в том, что договор при отсутствии определенного или определимого срока должен быть исполнен в разумный срок после его возникновения. Если же обязательство не будет выполнено в установленный таким образом срок, а также при обязательстве до востребования исполнение должно последовать в семидневный срок.

В соответствии со ст. 57 Жилищного кодекса в обязанность нанимателя входит внесение квартирной платы ежемесячно не позднее десятого числа следующего за прожитым месяца.

Этот так называемый льготный срок начинает исчисляться со дня окончания разумного срока (при обязательстве до востребования.- с момента предъявления кредитором соответствующего требования).

Примером применения ст. 331 ГК может служить дело о взыскании товариществом с ограниченной ответственностью с коммерческого банка определенной суммы в виде процентов за пользование чужими средствами. Ответчик в своих возражениях ссылался на то, что оплата в действительности была произведена своевременно. В ходе рассмотрения дела установлено, что в соответствии с договором расчеты за выполненные работы следовало производить ежемесячно в трехдневный срок со дня подписания заказчиком акта о приемке произведенных работ. Однако в действительности акты оформлялись без указания даты их составления и подписания. При сложившихся обстоятельствах суд счел возможным руководствоваться п. 2 ст. 314 ГК и соответственно применил правило о необходимости исполнения в разумный срок'.

В отдельных статьях ГК содержатся прямые отсылки к ст. 314 ГК. Они означают необходимость применения правил, указанных в этой статье,. о разумном и о льготном сроках. Имеется в виду, например, п. 1 ст. 457 ГК, который устанавливает, что при отсутствии в договоре купли-продажи срока исполнения продавцом обязанности передать товар и невозможности определить его из договора применению подлежит ст. 314 ГК. Аналогичная отсылка включена в п. 1 ст. 488 ГК («Оплата товара, проданного в кредит»),

Однако возможен и другой вариант, когда соответствующая норма вместо ссылки на ст. 314 ГК ограничивается указанием на применение правила о разумном сроке. Например, из п. 2 ст. 668 ГК следует, что при отсутствии в договоре финансовой аренды срока передачи имущества арендатору такая передача должна состояться в разумный срок.

В связи с этим возникает вопрос о семидневном льготном сроке. На наш взгляд, названные в ГК соответствующие нормы, которые вместо отсылки к ст. 314 включили правило о разумном сроке, могут считаться оправданными только в случае, если можно усмотреть в них волю законодателя к тому, чтобы не распространять правило о семидневном льготном сроке на соответствующие случаи. Иначе такая дифференциация – в одних случаях отсылка к ст. 311 ГК, означающая необходимость и

соответственно возможность отсрочки исполнения с учетом льготного срока, а в других -упоминание только о разумном сроке, – становилась бы необъяснимой.

При определении соотношения между указанными двумя сроками -разумном и льготном – необходимо учитывать принципиальное их разли-

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. !99б. №4. С. 40-41.

чие. Разумный срок по общему правилу установлен в интересах кредитора, а льготный – должника. Это означает, что подсчет просрочки исполнения ведется только по истечении льготного срока, но исполнить обязательство должник вправе в любой день этого срока, при этом кредитор обязан принять исполнение, переданное в течение указанного срока, под страхом впасть в просрочку.

Срок исполнения служит ограничителем во времени: только с его истечением у кредитора возникает право требовать исполнения, а у должника -обязанность исполнить обязательство. Таким образом, со сроком исполнения связано «созревание» соответствующих прав и обязанностей. Следует иметь в виду, что наряду с обязательством должника совершить определенное действие существует соответствующее ему обязательство кредитора принять исполненное, которое тоже связано со сроком исполнения. Отмеченное обстоятельство должно учитываться применительно к вопросу о досрочном исполнении должником своего обязательства.

По общему правилу соблюдение определенного срока соответствует интересам обоих контрагентов. Имеется в виду, что должник может быть не заинтересован в досрочном исполнении договора по той причине, что он лишен возможности выполнить обязательство. Так бывает, например, если подлежащих поставке товаров и услуг, а равно необходимых для выполнения работ и оказания услуг материалов и оборудования у него еще нет.

Однако возможны случаи, когда в силу различных обстоятельств у должника появляется интерес к тому, чтобы ранее срока совершить соответствующее действие, даже и не всегда в расчете на досрочное получение встречного удовлетворения. И если кредитор согласен принять досрочно исполненное, то достигнутое сторонами таким образом соглашение означает изменение договорного условия о сроке. Следовательно, исполнение обязательства ранее указанного первоначально в договоре срока, признается надлежащим, а нарушение согласованного заново условия делает исполнение ненадлежащим.

Иное дело, если кредитор не заинтересован в досрочном принятии исполненного. Например, банк. который брал ссуду под проценты, при досрочном исполнении утратит этот источник доходов. Если речь идет о поставках товаров, выполнении работ и оказании услуг, их досрочное выполнение может вызвать различного рода трудности у кредитора (например, в связи с необходимостью хранить досрочно поставленное до появления потребности в нем). Неблагоприятные для кредитора последствия досрочного исполнения проявляются, главным образом, в предпринимательских отношениях. В этой связи посвященная досрочному исполнению ст. 315 ГК содержит два разных решения в зависимости от субъектного состава сторон в

договоре. Общее правило строится на презумпции', в силу которой досрочное исполнение не задевает интересов кредитора. В этой связи установлено, что если иное не предусмотрено законом, другими правовыми актами, условиями обязательства либо не вытекает из его существа, досрочное исполнение допустимо. Такое исполнение признается надлежащим, и кредитор обязан его принять под страхом наступления установленных для просрочки кредитора последствий. Приведенные

ограничения сферы применения указанной нормы позволяют учесть особенности конкретных случаев, Так, например, и при отсутствии специального указания на этот счет в договоре не может быть досрочно без согласия контрагента исполнен договор с актером относительно организации в определенный день публично объявленного концерта.

Однако, если обязательство связано с предпринимательской сферой деятельности сторон (соответствующая редакция указанной нормы позволяет признать, что речь идет о случае, когда по крайней мере для одной из сторон -для кредитора – и для обязательства, о котором идет речь, исполнение составляет часть его предпринимательской деятельности), установлено правило, опирающееся на противоположную презумпцию: кредитор заинтересован в исполнении только в срок, и этот его интерес подлежит защите. Соответственно предусмотрено, что в подобных случаях исполнение обязательства должно быть произведено именно в предусмотренный договором срок.

Вместе с тем в специальных нормах иногда проводится и иная дифференциация. Речь идет, в частности, о п. 2 ст. 810 ГК, который применительно к займу содержит разное решение в зависимости от характера договора. Если заем является процентным, досрочное исполнение возможно только с согласия кредитора, ибо исполнение ранее срока лишает последнего соответствующих процентов. В то же время досрочное исполнение бессрочного договора займа согласия не требует. Указанная норма, как и всякое другое специальное правило, вытесняет применительно к соответствующим отношениям действие общего правила – ст. 315 ГК.

Досрочное исполнение в ряде случаев связано с изменениями в положении должника, которые происходят после заключения договора. В этих случаях законодатель предоставляет иногда кредитору право требовать досрочного исполнения. Такое право возникает у кредиторов, когда реорганизуется юридическое лицо – должник (п. 2 ст. 60 ГК). Точно так же могут требовать досрочного исполнения кредиторы при продаже предприятия-должника (п. 2 ст. 562 ГК) или при передаче его в аренду (п. 2 ст. 657 ГК).

] Смысл этой и всех других такого рода презумпций состоит, среди прочего, в том, что они определяют мотивы законодателя и, следовательно, могут помочь толкованию нормы, имеющей целью уяснение ее подлинного смысла.

Интересы кредитора защищаются подобным образом и в отношениях по поводу залога. Имеется в виду, что залогодержатель может в определенных случаях требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства. Шесть оснований для возникновения соответствующего права у кредитора названы в ст. 351 FK1. Наконец, право требовать досрочного исполнения предусмотрено применительно к займу: в случаях, когда в договоре предполагается возврат денег по частям, а должник нарушает промежуточный срок возврата, кредитор вправе потребовать от должника исполнения обязательства целиком (п. 2 ст. 811 ГК). Можно указать также на аналогичное право кредитора общества с ограниченной ответственностью или акционерного общества при уменьшении ими уставного капитала (п. 5 ст. 90 ГК и п. 1 ст. 101 ГК).

Во всех случаях, когда досрочное исполнение допускается, оно считается надлежащим, и, следовательно, кредитор не вправе требовать возмещения возникших у него по этой причине убытков. Соответственно полученное досрочно исполнение не может быть подведено под неосновательное обогащение кредитора даже тогда, когда благодаря досрочному исполнению обогащение и произошло. В данном случае возможное обогащение кредитора признается имеющим необходимое обоснование.

Наряду с качеством и сроком такое же значение имеет для большинства договоров условие о цене. Указанное условие имманентно возмездным, договорам как таковым. Это заложено в самом определении таких договоров, приведенном в ст. 423 ГК, которая посвящена разграничению возмездного и безвозмездного договоров. Имеется в виду, что в отличие от безвозмездного договора, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой без получения от нее платы или иного встречного удовлетворения, возмездным признается договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное удовлетворение.

В основе гражданских правоотношений вообще и договоров в частности лежит принцип эквивалентности. Этим определяется то, что основная масса договоров относится к числу возмездных. Учитывая отмеченное обстоятельство, п. 3 ст. 423 ГК закрепил презумпцию в пользу возмездности

К числу таких оснований относятся: выбытие предмета залога из владения залогодателя, которому этот предмет был оставлен, не в соответствии с условиями залогового договора, нарушение залогодателем правил о замене предмета залога, утрата "ри определенных обстоятельствах предмета залога, нарушение залогодателем правил о последующем залоге, невыполнение залогодателем обязанностей по применению мер, необходимых для обеспечения сохранности предмета залога и немедленному сообщению другой стороне о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества, а также нарушение правил о распоряжении заложенным имуществом,

договора: любой договор предполагается возмездным, если иное не вытекает из закона, других правовых актов, содержания или существа договоров.

Приведенное определение возмездного договора включает предоставление другому встречного удовлетворения. Плата, представляющая собой указанное удовлетворение в деньгах, составляет одну из двух составляющих такого, например, договора, как купля-продажа, но ее нет в другом возмездном договоре – мены, Суть последнего состоит в обмене товара на товар при том, что для той и другой обменивающейся стороны таким товаром не могут быть деньги. За этим исключением встречным удовлетворением при передаче товаров, выполнении работ или оказании услуг служат именно деньги, признаваемые всеобщим эквивалентом. Свою функцию мерила стоимости они выполняют через цену,

В условиях планового хозяйствования цены на основные виды работ, товаров и услуг в целом и отдельные их составляющие утверждались в зависимости от признанной важности предмета договора Правительством, министерствами и ведомствами-производителями, местными органами власти. Расчеты по складывающимся ценам применялись главным образом на колхозном рынке при продаже гражданам колхозами и колхозниками товаров народного потребления. Соблюдение такого режима облегчалось тем, что государство-суверен было в одно и то же время и основным собственником производственных фондов, а с ними вместе и товарной массы, участвовавшей в обороте.

В настоящее время ситуация коренным образом изменилась: необходимым элементом охраняемой государством свободы договоров служит свобода цен. Соответственно ст. 424 ГК (п. 1) устанавливает, что оплата исполнения договора производится по цене, установленной соглашением сторон.

Вместе с тем та же ст. 424 ГК допускает в предусмотренных законом случаях исключения из этого правила. Речь идет об использовании в договоре устанавливаемых либо регулируемых

уполномоченными государственными органами цен. Установленная законом или иным правовым актом цена становится, как это имеет место и во всех других ситуациях, при которых применяется императивная норма, безусловно обязательной для сторон. В отличие от этого регулируемая цена имеет место, когда закон или иной обязательный для сторон акт ограничивается указанием определенных границ, за которые стороны не могут перейти. Таким образом, строго говоря, и в этом случае имеет место договорная цена.

Наряду со ст. 423 ГК. противопоставляющей «установленную цену» «регулируемой», во многих других нормах для обоих вариантов используется единое наименование – «регулируемая цена».

регулирование в таком широком значении служит одной из важнейших форм ограничения свободы договоров. Оно используется любым государством, выступающим для достижения самых различных по характеру целей: экономических, социальных и политических.

Государство как особая политическая структура начало использовать регулирование цен для обеспечения своих важнейших функций едва ли не с самого начала своего зарождения. В подтверждение можно сослаться на ограничения, относящиеся к размеру процентов по займу. Так, по законам, принятым в IV в до н.э., был установлен максимум -- в 4'/б%. По Законам XII таблиц максимум составлял S1/^. В республиканский период он достигал 12%, а во времена правления императора Юстиниана упал до 6% и одновременно было запрещено взыскание сложных процентов (процентов на проценты). При этом регулирование принимало порой самый широкий размах. Примером может служить то же римское право. Так, в 301 г. н.э. император Диоклетиан принял эдикт, по которому вводились единые цены на все товары для всей империи со строгой ответственностью за отступление от установленной цены'.

Современное законодательство в нашей стране допускает регулирование договорных цен в строго определенных областях и пределах. Одновременно создаются эффективные гарантии для осуществления договорной свободы и в области цен. Такого рода гарантии содержатся, в частности, в антимонопольном законодательстве. Имеются в виду включенные в Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» правила о признании недействительными соглашений (согласования действий) конкурирующих хозяйствующих субъектов, направленных на установление (поддержание) цен (товаров), скидок, надбавок (доплат), наценок, повышение, снижение или поддержание цен на аукционах и торгах. Таким же образом запрещены с признанием их недействительными соглашения (согласованные действия) органов власти и управления между собой и с хозяйствующим субъектом, направленные на повышение, снижение и поддержаг ние цен (тарифов).

Один из руководящих правовых источников в соответствующей области – Указ Президента РФ от 28 февраля 1995 г. «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)»2 – установил, что в целях дальнейшей либерализации цен осуществляется государственное регулирование цен (тарифов) в основном только на продукцию естественных монополий. Соответственно Правительством РФ утверждены Перечень продукции производственно-технического назначения, товаров на-

См.: Покровский И.А. История римского права. Петроград, 1918. С. 301;-Он же. Основные проблемы гражданского права. С. 257, 259. См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 10. Ст. 859.

родного потребления и услуг, на которые государственное регулирование цен (тарифов) на внутреннем рынке РФ осуществляется Правительством РФ и федеральными органами исполнительной власти и Перечень услуг транспортных, снабженческих, сбытовых и торговых организаций, по которым органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации предоставляется право вводить государственное регулирование тарифов и надбавок'.

Наконец, следует указать на то, что Закон «О естественных монополиях» в качестве одной из мер регулирования деятельности субъектов естественных монополий указывает на ценовое регулирование, осуществляемое посредством определения (установления) цен (тарифов) или их предельного уровня.

Примером могут служить акты, принятые на 1997 г. в соответствии с Законом «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в РФ»2. В частности, имеются в виду Основные положения ценообразования на электрическую и тепловую энергию на территории РФ и Порядок утверждения и применения тарифов на электрическую и тепловую энергию в РФ1. Предметом обоих актов служит регулируемая цена (цена, которая складывается на товарном рынке при государственном воз" действии на нее, в частности, путем установления предельной или фиксированной цены), рыночная цена, которая складывается на рынке без воздействия государства (тарифы на электрическую и тепловую энергию), система ставок, по которым осуществляются расчеты за электрическую и тепловую энергию, а также размер платы за услуги (имеются в виду ценовые ставки расчета за услуги, которые предоставляются как на оптовом, так и на потребительском рынке). В соответствующих актах, в частности, разграничена компетенция федеральной и региональной комиссий по установлению цен. Разногласия по поводу установления тарифов между организациями электроэнергетики, потребителями и региональными комиссиями разрешаются государственным органом – Комиссией для разрешения разногласий. Однако при недостижении в ней согласия спор может быть передан на рассмотрение арбитражного суда.

В Указе Президента РФ от 17 сентября 1996 г. «О дополнительных мерах по ограничению роста цен (тарифов) на продукцию (услуги) естественных монополий и созданию условий для стабилизации работы промыш-

' В настоящее время действуют перечни, утвержденные постановлением Совета Министров Российской Федерации от 7 марта 1995 г. (см.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. №11. Ст. 997) с дополнениями, изданными 8 февраля 1996 г. и 31 июля 1996 г.

Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 16. Ст. 1316. 3 См. там же. 1997. № 7. Ст. 855.

ленности»' содержатся рекомендации органам, в функции которых входит упорядочение структуры тарифов, установленных для всех некоммерческих потребителей, утверждать тарифы на электрическую и тепловую энергию для всех категорий потребителей, исходя из реальной стоимости ее производства и передачи.

В ряде случаев цена регулируется и за пределами естественных монополий. Один из таких случаев предусмотрен Указом Президента РФ от 11 мая 1995 г. «О мерах по обеспечению гарантированного поступления в федеральный бюджет доходов от приватизации»2. В нем предусмотрено установление нормативной цены земли при продаже земельных участков расположенным на них приватизированным предприятиям в размере 10-кратной ставки земельного налога за единицу

площади земельного участка.

Регулирование может осуществляться в виде введения как фиксированных цен, предельных цен и надбавок, так и предельных коэффициентов изменения цен, предельного уровня рентабельности и др. Предусмотрены определенные санкции за нарушение норм о государственном регулировании цен. Они выражаются во взыскании в доход государства излишне полученной выручки плюс штрафа в таком же размере, а если нарушение будет повторено, штраф взыскивается в двойном размере3.

Приведенными примерами не исчерпываются случаи и формы урегулирования цен.

По общему правилу режим регулирования цен относится ко всем участникам оборота независимо от форм собственности. Тем самым устанавливаются в принципе равные стартовые условия для всех субъектов предпринимательской деятельности. В этой связи, например, определяя цели государственного регулирования цен в соответствующей области, Закон РФ от 14 апреля 1995г. «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию в Российской Федерации»4 предусмотрел, среди прочего, обеспечение юридическим лицам – производителям электрической энергии (мощности) независимо от организационно-правовых форм права равного доступа на федеральный (общероссийский) оптовый рынок электрической энергии.

Право установления цены может быть предоставлено одной стороне в договоре. В частности, таким правом применять разработанные ими цены (страховые тарифы), определяющие размер страховых премий, обладают

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 43. Ст. 4884. ^ См. там же. 1995. № 20. Ст. 1776,

См. п. 4 Указа Президента Российской Федерации «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен» (Собрание законодательства Российской Федерации. 1995, № 10. Ст. 859).

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 16. Ст. t316-

страховщики в силу п. 2 ст. 954 ГК. В то же время в предусмотренных законом случаях обязательными для сторон считаются страховые тарифы, установленные или регулируемые органами государственного страхового надзора (см. тот же п. 2 ст. 954 ГК), Особый порядок установлен для отношений, возникающих при перевозках грузов, пассажиров и багажа. Все такие перевозки осуществляются на основе тарифов, порядок утверждения которых определяется транспортными уставами и кодексами (п. 2 ст. 790 ГК).

Регулирование цен в узком смысле принимает различные формы. Одним из примеров может служить бытовой подряд. В указанном договоре, как подчеркнуто в ст. 735 ГК, цены определяются соглашением сторон, но они не могут быть выше устанавливаемых или регулируемых соответствующим органом.

Регулирование может быть произведено путем утверждения гарантийных цен. Такие цены были установлены, например, на 1995 г. для различных видов закупок государством сельскохозяйственной продукции'. Это означает, что закупки производятся по свободным (договорным) ценам, которые, однако, не могут быть ниже гарантированных.

Прямую противоположность гарантированным ценам составляют предельные цены. Такие цены были в свое время установлены, например, постановлением Верховного Совета РФ от 4 апреля 1992 г.2 Им

предусмотрено, что цена продукции (товаров), реализуемой потребителям, расположенным в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, не может превышать средний уровень цены для данного вида продукции (товаров), реализуемой этим поставщиком другим потребителям.

До принятия нового ГК имелись основания для отнесения цены к существенным условиям возмездных договоров. Как предусматривала ст. 65 Основ гражданского законодательства 1991 г., исполнение возмездного договора должно оплачиваться по согласованной цене. Отсюда можно было сделать вывод: нет согласованного условия о цене – нет и договора. Именно к такому выводу, правда, сославшись не на указанную норму, а на статьи, посвященные определению договоров купли-продажи и поставки (имелись в виду ст. 74 и 79 тех же Основ), пришел в свое время Высший Арбитражный Суд РФ в своих рекомендациях. Он признавал, что условие о цене, как и условие о качестве, относится к числу существенных условий

1 См.: постановление Совета Министров Российской Федерации от 13 марта 1955 г. «О мерах по реализации Федерального закона «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд» (см.:

Собрание законодательства российской Федерации. 1995. № 12. Ст. 1055).

2 Постановление «О мерах по обеспечению поставки продукции (товаров) в районы Крайнего Севера и приравненные к ним местности» // Ведомости Российской Федерации. 1992. № 16. Ст. 843.

соответствующих договоров, а значит, при отсутствии соглашения по этим условиям договоры купли-продажи и поставки не должны считаться заключенными'.

Однако со вступлением в действие нового ГК, на что уже обращалось внимание, можно утверждать, что подобно качеству и сроку цена сама по себе перестала быть существенным условием договоров, в том числе возмездных. Такой вывод основан на приведенной выше ст. 424 ГК.

Вместе с тем в отдельных статьях ГК цена названа в ряду обязательных и тем самых существенных условий соответствующего договорного типа (вида). Имеется в виду п. 1 ст. 489 ГК («Оплата товара в рассрочку»), п. 1 ст. 682 ГК («Плата за жилое помещение»), п. 1 ст. 630 ГК («Арендная плата по договору проката»).

В главе о договоре займа содержится на случай отсутствия условия о процентах в законе или договоре отсылка к ставке банковского процента (ставке рефинансирования), действующей для заимодавца – юридического лица в месте его нахождения, а заимодавца – гражданина ~ в месте его жи^ тельства на день уплаты заемщиком всего долга или его части (п. 1 ст. 809 ГК). Существуют построенные по такому же принципу выражения через определенную сравниваемую величину способы подсчета размера процентов по вкладу (п. 3 ст. 837 ГК), а также за пользование банком денежными средствами, которые находятся на счете в банке (п. 2 ст. 852 ГК).

Законодатель нередко считает необходимым включать в отдельные статьи Кодекса специальную отсылку к ст. 424. В качестве примера можно назвать п. 1 ст. 485 ГК (цена товара по договору купли-продажи), п. 3 ст. 594 ГК (выкупная цена при постоянной ренте), п. 2 ст. 972 ГК (вознаграждение, выплачиваемое поверенному), п. 1 ст. 991 ГК (подлежащее выплате комиссионное вознаграждение), ст. 10.06 (размер агентского вознаграждения).

В ряде случаев указания на размер цены в договоре в ГК вообще отсутствуют. Примером может служить ст. 630 ГК, посвященная арендной плате по договору проката, или ст. 514 ГК – об арендной

плате (последняя помещена в общие положения об аренде). Тогда ст. 424 ГК должна применяться и без отсылки к ней.

ГК знает и такие варианты, при которых в статье, посвященной определенному типу (виду) договоров, особо подчеркнуто, что ст. 424 к соответствующему договору не применяется. Тем самым достигается тот же ,, результат без прямых на этот счет указаний: цена становится существен-

См. п. 4 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 мая 1993 г. «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебной практике» (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993. №6).

ным условием договора, а значит, без ее согласования он не будет считаться заключенным. Этот последний вариант используется применительно к договорам, в которых предполагается заведомо высокий уровень цены. Речь идет о цене в договоре купли-продажи недвижимости (ст. 555 ГК), а также арендной плате в договоре аренды недвижимости (п. 1 ст. 654 ГК).

Значение условия о цене можно проиллюстрировать на примере договора подряда. Как вытекает из п. 1 ст. 709 ГК, содержащего ссылку на п. 3 ст. 424 Кодекса, цена, в отличие от срока, не является существенным условием договора подряда. При отсутствии цены в договоре и невозможности ее определения исходя из условий договора оплата выполненных работ должна производиться по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные работы,

Таким образом, цена в подрядном договоре, как и во всех других договорах, для которых законом не предусмотрено иное, может отсутствовать. Изложенной точке зрения не противоречит положение, содержащееся в п. 54 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г.: «При наличии разногла- ? сии по условию о цене и недостижении сторонами соответствующего соглашения договор считается незаключенным»'. Дело в том, что данное указание следует считать относящимся только к случаям, когда цена для соответствующего типа (вида) договоров отнесена ГК к числу существенных либо когда стороны не только разошлись по вопросу о цене, но по крайней мере одна из них настаивала на включении данного условия. По этой причине условие о цене, как и любое другое условие, относительно которого по заявлению стороны должно быть достигнуто соглашение, становится в силу указанного факта существенным.

При отклонении договора от установленной или регулируемой цены содержащееся в нем условие о цене признается ничтожным. Руководствуясь ст. 180 ГК, которая предусматривает, что недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, следует признать, что вместо недействительного условия договора о цене действует то, которое предусмотрено обязательным для сторон правовым актом. При этом, если речь идет о регулируемой цене, то применяется указанная в обязательном для сторон акте предельная (максимальная или минимальная) цена. Таким образом, за переданные товары, оказанные услуги и выполненные работы расчет должен осуществляться по установленной (регулируемой) цене.

В ГК содержится определенное число новелл, прямо или косвенно связанных с вопросами о допустимости постановки вопроса одной из сторон об изменении договорной цены после заключения договора. Тем самым

' Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. Xs 9. С. 18.

Кодекс отозвался на присущие рынку негативные явления в виде скачков цен и других проявлений инфляции.

Основное на этот счет правило включено в п. 2 ст. 424 ГК. Оно состоит в признании возможным такого изменения, но лишь в случаях и на условиях, которые предусмотрены договором или законом (1) либо в установленном законом порядке (2). Приведенная норма позволяет, в частности, определить отношение законодателя к принципу номинализма, предполагающему, что договор должен соблюдаться в полном соответствии с условиями заключенного договора, включая цену предмета договора, а происходящее после заключения договора обесценение денег полностью игнорируется.

Из приведенной нормы видно, что законодатель, признавая самый принцип номинализма, допускает отступления от него, рассматривая последние все же как исключение из общего принципа, в частности в форме индексации цен.

Общее правило, зафиксированное в п. 2 ст. 424 ГК, развивается в различных правовых актах, в том числе в Кодексе, при этом соответствующие нормы содержат три существенно различающихся решения.

Прежде всего существуют нормы, которые последовательно стоят на началах номинализма и соответственно отвергают возможность отступления от этого экономического принципа, совпадающего в соответствующей части с более широким правовым принципом – pacta sunt servanda.

Так, п. 2 ст. 733 ГК предусматривает, что в бытовом подряде при исполнении работы из материалов подрядчика изменение цен на материалы не влечет за собой перерасчета. Соответствующее правило изложено в виде императивной нормы. Значит, договорное условие, предусматривающее необходимость такого перерасчета, допускаемого в принципе общей нормой ст. 424 ГК, в данном случае будет признано ничтожным как противоречащее специальной норме, императивной по своему характеру. Или другой пример. Продажа товаров производится по ценам, действовавшим на день продажи, а последующее изменение цен на проданные в кредит товары не влечет за собой перерасчета'. В обоих случаях речь идет о противо-инфляционных гарантиях для потребителя.

В некоторых случаях по поводу поставки одних и тех же товаров созданы принципиально отличные режимы, в частности относящиеся к последствиям изменения цены. Так, при поставках газа потребителям может заключаться «форвардный договор на поставку газа», при котором весь

Правила продажи гражданам товаров длительного пользования в кредит, утвержденные постановлением Совета Министров-Правительства Российской Федерации от 9 сентября 1993 г, // Собрание актов Российской Федерации. 1993. № 39.

Ст.3613.

объем газа подлежащий поставке в оговоренный период, должен оплачиваться в момент заключения договора, но при этом цена на газ в таком договоре остается неизменной на весь период действия срока договора, В отличие от этого «фьючерсный договор» представляет собой договор на покупку права гарантированной поставки газа с тем, что аванс, уплаченный при его заключении, засчитывается в счет стоимости газа при оплате по окончании расчетного периода. Есть основание полагать, что для этого последнего вида договоров возможность действия правил, закрепленных в п. 2 ст. 425 ГК, исключается'.

Вторая группа норм, не допуская исключений, отвергает начала номинализма наиболее последовательно. Смысл соответствующих норм выражается в обязательной индексации договорных цен. Этому был посвящен, в частности. Закон «Об индексации денежных доходов и сбережений граждан в РСФСР» от 24 октября 1991 г.2 Указанный акт (ст. 2) распространил, в частности, действие правил об индексации «на вклады граждан в Сберегательном банке РСФСР». Другим примером может служить ст. 318 ГК, которая охватывает строго определенный круг лиц и такой же строго определенный круг отношений. Речь идет о том, что сумма, выплачиваемая по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина (имеются в виду, наряду с недоговорными, деликтными обязательствами, связанными с причинением вреда жизни и здоровью, также и отношения договорные, в частности, по договору пожизненного содержания с иждивением), вместе с увеличением установленного законом минимального размера оплаты труда должна пропорционально увеличиваться.

Специальные правила об индексации применительно к ценам (тарифам) на продукцию (услуги), предоставляемые отраслями, которые могут рассматриваться как естественные монополии, содержались в постановлении Совета Министров РФ от 17 июля 1996 г., рассчитанном на его применение во второй половине 1996 г. В частности, предполагалась ежемесячная индексация в отношении тарифов на перевозки грузов и ставок сборов за погрузочно-разгрузочные работы, выполняемые железнодорожным транспортом, и некоторые др.3

Постановление Правительства РФ от 4 февраля 1997 г. «О регулировании цен (тарифов) на продукцию (услуги) отдельных отраслей естественных монополий в первой половине 1997 г.»4 предусмотрело, что рост тарифов на электрическую и тепловую энергию, отпускаемую промышленным потребителям, не должен превышать индекса роста оптовых цен про-

' См. п. 3 Правил поставки газа потребителям Российской Федерации.

2 Ведомости РСФСР. 1991. № 45. Ст. 1488.

3 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. №,31. Ст. 3733.

4 См. там же. 1997. № 6. Ст. 729.

изводства промышленных предприятий. Установленный этим же постановлением Порядок утверждения и применения тарифов на электрическую и тепловую энергию в РФ предусматривает условия, при которых допускается изменение тарифов. Имеются в виду изменения затрат на производство и передачу электрической и тепловой энергии более чем на 2%, вызванные ростом цен на топливо, оборудование, другие материальные ресурсы или пересмотром условий тарифных соглашений по заработной плате, изменением процентной ставки Центрального банка РФ по долгосрочным кредитам на внутреннем рынке более чем на 3%, а равно наступлением событий, появление которых было маловероятно, но они все же оказали существенное воздействие на состояние коммерческих организаций (форс-мажорные обстоятельства).

Третью группу составляют нормы, которые, подобно п, 1 ст. 424 ГК, допускают возможность отступления от принципа неизменности содержания договора и в известном смысле могут рассматриваться как частный случай применения указанной статьи. Вместе с тем сфера их действия более широкая, чем этой последней нормы, так как для них изменение цены есть лишь один из многих случаев изменения договора. Имеется в виду ст. 451 ГК, устанавливающая условия изменения договора, а значит, и цены его предмета, в случаях существенного изменения обстоятельств (см.

подробнее гл. IV книги),

Размер и основания изменения соответствующих условий о договоре в ходе его исполнения могут быть предусмотрены и в самом договоре, С этим столкнулся Высший Арбитражный Суд РФ при рассмотрении дела по иску малого предприятия к заводу о погашении задолженности по оплате услуг, связанных с охраной общественного порядка и собственности, В договоре было предусмотрено изменение уровня оплаты услуг в зависимости от колебаний установленного минимального размера оплаты труда. Однако оставался открытым вопрос о том, что следует понимать под «минимальным размером» – тот, который является общим для всей российской Федерации, или действующий по месту нахождения сторон – в Татарии. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ со ссылкой на нормы, определяющие порядок толкования договора, признал, что стороны, очевидно, имели в виду соответствующий закон Татарии как места исполнения денежного обязательства'.

Влияние изменений определенных обстоятельств на цену в договоре можно проследить на примере подряда. При наиболее сложных его видах обычно цена определяется сметой, которая позволяет судить не только о размере цены, но и о ее слагаемых. Составленная подрядчиком смета при-

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 10. Ст. 99.

обретает правовое значение с момента ее согласования с заказчиком. Важное практическое значение имеет деление смет на два вида: приблизительные и твердые. Разница между ними вытекает из самого их названия. Приблизительной признается смета, в которую заложено предположение о возможном ее изменении. Однако, поскольку смета – часть договора, несмотря на то что она является в конкретном договоре приблизительной, для ее превращения в твердую необходимо соглашение сторон.

Указанное обстоятельство учитывает, в частности, ст. 709 ГК. Она особо выделяет случай, при котором возникает необходимость провести дополнительные работы и соответственно повысить размер приблизительной сметы. На подрядчике, который указанное обстоятельство обнаружил, лежит только одна обязанность: своевременно сообщить об этом заказчику. И теперь у последнего появляется возможность для выбора: либо он соглашается на изменение приблизительной сметы, либо отказывается изменить ее, и тогда за ним признается право отказаться от договора. Такой отказ влечет за собой для заказчика обязанность оплатить подрядчику вы" полненные последним работы. Однако, если подрядчик не уведомит о необходимости провести дополнительные работы и превысить смету, законо* датель защищает уже заказчика; за ним признается право принять результат работ, ограничившись уплатой подрядчику лишь ранее определенной в приблизительной смете суммы.

В отличие от приблизительной твердая смета считается неизменной:

она не может быть ни увеличена по требованию подрядчика, ни уменьшена по требованию заказчика. Кодекс специально оговаривает, что это не относится к случаю, когда в момент заключения договора стороны не знали и не могли знать о необходимости проведения дополнительных работ. Однако-не исключаются возможности для соответствующей стороны воспользоваться правом на изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств. Речь идет о действии при подряде правила ст. 451 ГК, о котором шла речь выше.

В самой ст. 709 (п. 6) ГК выделен только один случай ее применения -• существенное возрастание стоимости материалов и оборудования, предоставляемых подрядчиком, либо оказываемых ему третьими лицами услуг (например, повышение тарифов на транспортные услуги, электрическую

энергию и т.п.), которые нельзя было предусмотреть при заключении договора. Для данного случая специально подчеркнуто: подрядчик обязан предварительно потребовать от заказчика увеличения твердой суммы. Вместе с тем нормы главы о подряде не исключают возможности изменения или расторжения договора и во всех других случаях существенных изменений подрядного договора, которые подпадают под действие общих норм, содержащихся в ст. 451 ГК.

С ценой в договоре подряда связан и другой вопрос: что будет, если подрядчику удалось в ходе работ сэкономить необходимые средства по сравнению с тем, как они определены в смете? Независимо от того, получена ли экономия вследствие того, что подрядчик использовал более прогрессивные методы выполнения работ, или по причинам, вообще от заказчика не зависящим (например, необходимые для работ материалы или услуги третьих лиц подешевели), признается, что оплачивать работы заказчику следует в том размере, в каком это было предусмотрено указанной в договоре ценой. Разумеется, заказчик не лишен, в свою очередь, возможности оспаривать право подрядчика на экономию, доказывая, что она достигнута вследствие ухудшения качества работ. Приведенная норма, традиционно присутствовавшая в правилах, которые регулируют подряд, теперь превратилась из императивной в диспозитивную. Имеется в виду, что сторонам предоставляется возможность предусмотреть в договоре распределение экономии между собой в определенной пропорции.

Гарантией потерпевшей стороны от обесценения денег и вызванного этим нарушения эквивалентности обязательств сторон в момент исполнения договора может служить валютная оговорка. Она представляет собой одно из средств правовой защиты, которые применяются по предварительному соглашению сторон. Валютная защита цены товара выражается во включении в договор условия, которое определяет, какая валюта выступает в качестве валюты долга, в какой валюте должен быть произведен платеж и каково курсовое состояние между двумя указанными валютами'.

В настоящее время возможность использования валютной оговорки предусматривает п. 2 ст. 317 ГК. Он допускает выражение денежного обязательства не только в рублях, но и в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте, либо в условных денежных единицах (в качестве примера в самой указанной статье приведены экю, которое используется в Европейском союзе, а также «специальные права заимствования», применяемые Международным валютным фондом). Смысл валютной оговорки состоит в том, что, хотя сумма долга (цена) выражена не в рублях, а в иной валюте (условных единицах), расчеты будут производиться в рублях по их курсу на день платежа или на иной установленный законом или соглашением день. Таким образом, падение обменного курса рубля по отношению к указанной в договоре валюте (условным единицам) не будет ощущаться кредитором, а повышение курса – должником.

Васильев Е.А. Валютно-финансовый кризис и международное право. М.: Между-"ародные отношения, 1982. С. 104. См. об этом также: ЛунцЛ.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М.; К)р-издат,1948.С.93исл.

3. ФОРМА ДОГОВОРА И ЕГО ГОСУДАРСТВЕННАЯ РЕГИСТРАЦИЯ

Нормы, регулирующие форму договоров находятся в Кодексе на трех ступенях: они помещены в гл. 9 («Сделки»), в гл. 28 («Заключение договора»), а также в различных главах ГК, посвященных видам

(типам) договоров. Соответствующие нормы могут оказаться в любом, но принятом непременно на уровне закона акте, который относится к данному, типу (виду) договоров.

Правовое регулирование формы договоров выражается в установлении требований к ней и последствий их нарушения. Цель соответствующих требований состоит в том, что все они позволяют сделать отношения сторон более определенными, снять основания для споров в будущем по поводу самого факта совершения сделки и ее содержания. Некоторые нормы придают акту фиксации сделки публичный характер. С этим связан государственный контроль за ее содержанием в интересах оборота и третьих лиц, помощь сторонам в уяснении правовых последствий совершаемых ими юридических действий, а равно информация заинтересованных лиц о совершенных сделках.

Вместе с тем любое дополнительное требование к форме договоров объективно приводит к осложнению и замедлению процедуры заключения договора, и, как правило, вызывает дополнительные расходы по их оформлению'.

Как очевидную реакцию на формализм национального законодательства можно расценить позицию международных актов о договорах, используемых в области внешней торговли. Эти акты пошли практически по пути полного отказа от предъявления каких бы то ни было требований к форм^ соответствующих договоров. Так, ст. 11 Венской конвенции «О договорах международной купли-продажи товаров» устанавливает в виде общего принципа; не требуется, чтобы договор купли-продажи был заключен или подтвержден в письменной форме или подчинялся иному требованию в отношении формы. При этом договор может доказываться любыми средствами, а значит, и свидетельскими показаниями2.

Интерес представляет в этом смысле оценка развития действующего законодательства со стороны Евг. Годэмэ. Он усматривал одно из проявлений современного права в возрождении формализма, полагая, что в настоящее время есть тенденция увеличить число торжественных актов. Это придает актам больше определенности, кредиту – более солидную базу. Вместе с тем он тут же отмечает: «Слишком большое распространение этой системы было бы опасно: это повлекло бы за собой осложнения и затруднения деловых отношений» (Годэмэ Евг. Указ. соч, С. 88),

При ратификации Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров СССР, воспользовавшись предоставленной возможностью, вместе с рядом других стран сделал оговорку, в силу которой «любое положение ст. 11, 29 или

В силу п. 1 ст. 29 Конвенции договор может быть изменен или прекращен путем простого соглашения сторон. Устная форма оферты и акцепта допускается частью II Конвенции, посвященной заключению договора. Имеет смысл обратиться и к ст. 1.2 Принципов международных коммерческих договоров. Она также отвергает установление обязательной письменной формы договоров, а соответствующая норма включает совпадающее с содержащимся в Венской конвенции правило, по которому наличие договора может быть доказано любым способом, включая свидетельские показания.

Позиция нового ГК существенно отличается от той, которая составляет основу международных актов. Имеется в виду, что Кодекс сохранил довольно много статей, требующих письменной формы. Вместе с тем он резко сузил случаи обязательного нотариального удостоверения договоров, в частности за счет договоров с недвижимостью. При принятии такого варианта учитывался ряд соображений. Имелось, в частности, в виду, что это позволит упростить процедуру совершения сделок, предоставит участникам оборота большую свободу в выборе форм сделок и при этом повысит уровень защиты

интересов граждан и юридических лиц. С точки зрения последнего особенно важной является реформа системы государственной регистрации, включая передачу соответствующих функций органам юстиции.

Новый кодекс разграничивает государственную регистрацию сделок и их форму, сделав явный упор на государственной регистрации сделок компетентными государственными органами. Государственная регистрация, которая ранее служила придатком к форме, теперь приобрела самостоятельное значение способа фиксации соответствующей сделки и вытеснила в ряде случаев нотариальную форму. Расширение сферы применения государственной регистрации непосредственно выражает расширение проникновения публичного начала в сферу частного оборота.

Новый кодекс следует традиционному двучленному делению формы договоров (сделок). Соответственно в нем выделяются договоры устные и письменные, а в пределах письменных – совершаемые в простой (прежнее наименование – домашней) или в нотариальной форме.

Указанное деление выражает определенную иерархию формы; от самой простой – устной и до самой сложной – нотариальной.

части II Конвенции, которое допускает, чтобы договор купли-продажи или его изменение или прекращение соглашением сторон либо оферта, акцепт или любое иное выражение намерения совершались не в письменной форме, неприменимо, если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие в их соответст-вующих государствах». Теперь эта оговорка считается внесенной от имени Российской Федерации.

Общая норма, закрепленная в п. 1 ст. 434 ГК, установила, что сторонам предоставляется право заключать договор в любой форме, предусмотренной для совершения сделок, если определенная форма не предусмотрена законом для данного вида договоров. Таким образом, требование к форме означает лишь недопустимость выбора более простой формы по сравнению с предусмотренной законом. В то же время использование более сложной формы зависит от усмотрения сторон. Свобода выбора формы сделки (договора) тем самым составляет правило, а предуказанность формы – законное исключение.

После того как стороны избрали более строгую, чем вытекает из закона, форму – нотариально удостоверенную вместо письменной или устной, либо письменную вместо устной, основание обязательности соответствующей формы, – является ли более строгая форма обязательной в силу закона или соглашения сторон, утрачивает значение. По этой причине предусмотренные в законе последствия нарушения требований о простой письменной форме либо о нотариальном ее удостоверении применяются независимо от того, стала ли соответствующая форма обязательной в силу указания закона либо достигнутого контрагентами соглашения.

Среди всех видов договоров, различаемых по их форме, устные занимают особое место. Если речь идет о договоренности сторон относительно формы договоров, имеют в виду исключительно согласование вопроса о необходимости совершить письменную сделку, а письменную – удостоверить у нотариуса. Устная сделка – это «остаток». Соответствующий остаточный принцип устной формы закреплен в п. 1 ст. 159 ГК, которая допускает заключение устных договоров во всех случаях, когда законом или соглашением сторон не требуется письменной (простой или нотариальной) формы.

Возможность совершения договора в устной форме ограничена по признаку его субъектного состава и суммы, составляющей его предмет. Из ст. 161 ГК вытекает недопустимость заключения в устной

форме прежде всего договоров, совершаемых между юридическими лицами, а также юридическими лицами и гражданами. Соответствующая норма заменила собой ст. 44 ГК 64, которая предполагала аналогичное исключение для отношений между организациями, а также организациями и гражданами. В дальнейшем можно было бы установить обязательную письменную форму, наряду с юридическими лицами, также для отношений с участием граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без создания юридического лица, если речь идет о договоре, связанном с этой деятельностью. Тем самым была бы продолжена ясно просматриваемая тенденция в ГК и основанных на нем актах к унификации в обоснованных пределах режима, установленного для всех вообще предпринимателей независимо от

того идет ли речь о предпринимателях – юридических лицах либо индивидуальных предпринимателях.

Ограничение устных договоров по размеру выражено теперь с учетом колебаний курса рубля, – подобно тому, как это имеет место по разным поводам в ряде других статей ГК и иных правовых актах. Имеется в виду определенная пропорция (в данном случае – 10:1) к установленному законом минимальному размеру оплаты труда1.

Обязательная письменная форма вне зависимости от субъектного состава и суммы предусмотрена для договоров, возникающих по поводу лотерей, тотализаторов (взаимных пари) и других основанных на риске игр (п. 2 ст. 1063 ГК), коммерческой концессии (п. 1 ст. 1028 ГК), проката (п. 2 ст. 626 ГК), аренды транспортных средств без экипажа и с экипажем (соответственно ст. 643 и 633 ГК). банковского вклада (п. 1 ст. 836 ГК), хранения с обязанностью хранителя принять вещь (п. 1 ст. 887 ГК), страхования (п. 1 ст. 940 ГК), найма жилых помещений (ст. 674 ГК) и др.

ГК особо выделяет возможность устного совершения двух видов договоров. Прежде всего речь идет о договорах, исполняемых при самом их совершении (например, при приобретении товара в розничных, а иногда и в оптовых магазинах его передача и оплата производятся одномоментно). Пункт 2 ст. 159 ГК не только разрешает совершение таких договоров устно, но и, как следует из него, предусматривает только два исключения из указанного правила. Исполняемый при самом его заключении договор не может быть совершен устно, прежде всего в случаях, когда для него введена обязательная нотариальная форма либо предусмотрено, что несоблюдение письменной формы сделки влечет за собой его недействительность.

Специально оговорена в ГК (п. 3 ст. 159) возможность устного совершения сделки во исполнение письменного договора при условии, если ни в законе, ни в ином правовом акте или в самом договоре по поводу этой сделки нет требования обязательной письменной формы. Так, нет препятствий к тому, чтобы в соответствии с письменным договором поставки, если иное в нем не предусмотрено, отпуск товаров в течение года производился путем устной заявки по мере возникновения потребности у покупателя. И напротив, выдача кредитов на основе открытой кредитной линии допускается только путем совершения письменного кредитного договора (ст. 820 ГК).

Пункт 2 ст. 158 ГК придает по общему правилу юридическое значение конклюдентным действиям лишь при условии, что закон допускает заклю-

Применительно к некоторым договорам предельная сумма для устной формы ЭДижена: например, для договора дарения в случаях, когда дарителем является "ридическое лицо, она составляет пять установленных законом минимальных раз-"еров оплаты труда (п. 1 ст. 574 ГК).

чение соответствующей сделки (договора) устно. Конклюдентные действия при заключении договоров широко используются в качестве оферты'. В частности, имеется в виду выставление предложенной к продаже или прокату вещи в витрине в случаях, когда соответствующие действия должны рассматриваться в качестве публичной оферты, т.е. как предложение заключить договор на указанных в ней условиях, адресованное любому, кто отзовется. Можно проиллюстрировать и на других примерах то, что конк-людентные действия приводят к заключению договоров: оформление договора страхования путем вручения стандартных форм страхователю на основе его заявления (письменного или устного) в виде выдачи страхового полиса или других специальных для страхования форм сертификата или квитанции – п. 2 ст. 940 ГК; договора хранения – путем выдачи номерного жетона (номера) или иного знака, удостоверяющего прием вещей на хранение, – п. 2 ст. 887 ГК; договора дарения – путем передачи дара в виде не только вручения, но и символической передачи: вручения ключей и т.п. или правоустанавливающих документов – п. 1 ст. 574 ГК. Конклюдентные действия иногда рассматриваются законодателем как способы продления договора. Так, п. 2 ст. 621 ГК признает, что если арендатор продолжает пользоваться имуществом после истечения указанного в договоре срока, то при отсутствии возражений со стороны арендодателя договор признается продленным на тех же условиях на новый срок.

ГК, на что уже обращалось внимание2, расширил возможности использования конклюдентных действий при формировании договорных связей. Речь идет главным образом о правиле, составляющем теперь п. 3 ст. 434 и п. 3 ст. 438 ГК. Им предусмотрено, что совершение лицом, получившим письменную оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению предусмотренных в ней условий договора признается акцептом, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте. Примерами служат: выполнение работ подрядчиком в ответ на предложение заключить договор подряда или уплата соответствующей суммы покупателем в ответ на предложение приобрести товары, выполнить работы или оказать услуги. Указанный способ заключения договора возможен в случаях, когда закон допускает как устную, так и простую письменную форму с тем, что при обязательной письменной форме письменной непременно должна быть и оферта.

Конклюдентные действия используются, в частности, в биржевой торговле. В качестве примера можно сослаться на Правила фьючерсной торговли на Московской товарной бирже3. В разделе, посвященном техноло-

См. об этом п. 5 гл. III.

2 См. п. 3 гл. III.

3 Утверждены Биржевым советом 26 апреля 1995 (отд. издание).

гии соответствующих сделок, предусмотрено, что вначале брокер оглашает заявку выкриком по формуле «продам (куплю) – число контрактов – цена». Брокер, который соглашается с предложением, подтверждает это свое согласие громким выкриком «куплю (продам) – число контрактов – цена», одновременно указывая жестом на своего контрагента. При этом договор считается совершенным, если оба брокера подняли руки и произнесли соответствующие слова. Таким образом, Конклюдентные действия в сочетании с элементами устной сделки в данном случае составляют неотъемлемую часть волеизъявлений, выражающихся в виде оферты или подтверждающих собственный акцепт и его получение оферентом..

В литературе спорным является вопрос о том, можно ли считать молчание разновидностью конклюдентных действий. В этой связи есть основание сопоставить взгляды О.С. Иоффе' и Н,В. Рабинович2. Первый автор на поставленный вопрос дал отрицательный, а второй – положительный ответ. Нам представляется более правильной позиция О.С. Иоффе.

Н.В. Рабинович полагала: «К конклюдентным действиям относится и молчание в качестве знака согласия»3. В этой связи следует отметить, что конклюдентные действия, что было показано выше, могут иметь значение и оферты, и акцепта, а молчание, как вытекает из сделанного самой Н.В. Рабинович вывода, – только акцепта. Различия между конклюдентными действиями и молчанием проявляются наиболее убедительно, если стать на позицию стороны, которой они адресованы; при конклюдентном действии лицо выражает свою волю, а вторая сторона – и в этом смысл конклюдентного действия – имеет возможность сделать вывод о том, в чем состоит воля ее потенциального или действительного контрагента. По указанной причине возникший между сторонами по поводу конклюдентного действия спор всегда имеет предметом лишь то обстоятельство, правильно или неправильно воспринята воля лица другой стороной. Так, например, происходит, когда эта последняя должна определить, как расценить выставленные в витрине товары: как рекламу или как оферту,

Иная ситуация складывается при молчании. В данном случае заведомо ясно, что как таковое оно не может дать представления о воле лица. По этой причине, если слова и конклюдентное действие в равной мере выражают волю, но лишь различным способом, то молчание само по себе никакой воли выразить не может. Необходимо, чтобы законодатель определил либо сами стороны заранее согласовали (или за них это сделал законодатель), что будет означать молчание. Именно применительно к такому его

См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций: Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательстве. С. 197-198. Рабинович Н.В. Указ. соч. С. 13,197. Там же.

значению и проявляется у лица определенная воля, выраженная путем молчания.

Речь идет о том, что, поскольку в соглашении сторон или в законе предусмотрено, как следует расценить молчание, отсутствие словесного выражения воли означает; воля есть, и она совпадает с тем значением молчания, которое надлежащим образом заранее ему договорились придать либо обусловили это в ГК или в ином правовом акте.

Таким образом, правовое значение конклюдентного действия определяет оно само и обстановка, в которой оно совершается, а молчания ~ законодатель либо сами будущие контрагенты.

Письменный договор заключается путем составления соответствующего надлежащим образом подписанного документа.

Кодекс учел и признал существующую практику применения различных способов факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования, электронно-цифровой подписи и иных аналогов собственноручной подписи. Однако здесь соблюдена определенная осторожность; использование этого способа признается допустимым, если в законе, ином правовом акте или соглашении сторон будут установлены сама возможность подобных подписей и определенный их порядок. Нарушение хотя бы одного из этих требований может служить достаточным основанием для оспаривания договора.

Еще перед принятием нового ГК Высший Арбитражный Суд РФ поставил вопрос о возможности

подтверждения обстоятельств дела доказательствами, изготовленными и подписанными с помощью средств электронно-вычислительной техники, в которых использована система цифровой (электронной) подписи. Дав в принципе на него положительный ответ,' Высший Арбитражный суд РФ разграничил три ситуации. При первой стороны изготовили и подписали договор с помощью электронно-вычислительной техники, в которой использована система цифровой (электронной) подписи. Тогда признается, что стороны могут представлять подобные доказательства по спору, который вытекает из такого договора с цифровой (электронной) подписью.

Вторая ситуация возникает при споре о наличии договора, а также других документов, которые были скреплены цифровой (электронной) подписью. В этом случае арбитражам предлагалось запрашивать у сторон выписку из договора, в которой указана процедура согласования разногласий, в том числе на какой стороне лежит бремя доказывания соответствующих фактов.

И наконец, третий вариант возникает при отсутствии в договоре процедуры согласования подлинности договора и других документов, при этом одна из сторон оспаривает наличие и самого договора и других докумен

тов. Тогда суду предоставляется возможность не принимать в качестве доказательств документы, скрепленные цифровой (электронной) подписью'.

Нотариальное удостоверение является обязательным в случаях, предусмотренных законом и соглашением сторон (п. 2 ст. 163 ГК). Требование стороны о нотариальном удостоверении договора, как уже отмечалось, во всех случаях является обязательным для контрагента со всеми вытекающими отсюда последствиями.

В самом ГК нотариальное удостоверение договоров требуется в пяти случаях: во-первых, для договоров об ипотеке (п. 2 ст. 339 ГК), во-вторых, для договоров залога движимого имущества или прав на имущество, если обязательство, обеспеченное залогом, содержится в нотариально удостоверенном договоре (п. 2 ст. 339 ГК), в-третьих, для договоров залогодателя с залогодержателем о возможности обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество без заявления требования в суд (п. 1 ст. 349 ГК), в" четвертых, для уступки прав и перевода долга, основанных на договоре, совершенном в нотариальной форме (ст. 389 и 390 ГК), в-пятых, для договоров ренты (ст. 584 ГК).

Порядок удостоверения договоров, как и всех других сделок, определяется ст. 53-60 Основ законодательства о нотариате2. Последствием нарушения требования о нотариальном удостоверении договоров служит их недействительность, притом ничтожность (ст. 165 ГК РФ).

Элементом письменной формы договора могут быть, помимо подписи, некоторые другие требования, в частности требование печати. Вопрос о нем разрешается теперь п. 1 ст. 160 ГК: скрепление печатью представляет собой одно из дополнительных требований. Имеется в виду, что вместе с заявлением указанного требования должны быть определены и последствия

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1994. № 11. С. 68-69. См. об электронных подписях, в частности: Виноградова Е. Правовое регулирование использования электронной безбумажной цифровой подписи // Хозяйство и право. 1994. № 5. С. 64 и ел.

Указом Президента Российской Федерации от 3 сентября 1995 г. «О мерах по соблюдению законности в области разработки, производства, реализации и эксплуатации шифровальных средств, а

также предоставления услуг в области шифрования информации» (Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 15. Ст. 1285) запрещено использование государственными организациями и предприятиями в информационно-телекоммуникационных системах шифровальных средств, включая криптографические средства обеспечения подлинности информации (электронная подпись), без сертификата Федерального агентства правительственной связи и информации при Президенте Российской Федерации, а также размещение негосударственных заказов на предприятиях, в организациях, использующих указанные технические средства без сертификата федерального агентства. См.: Ведомости Российской Федерации. 1993. № 10. Ст. 357.

его нарушения вплоть до признания договора незаключенным. Если же законодатель или стороны не воспользовались предоставленной им возможностью и специальные последствия не предусмотрены, то наступает общее неблагоприятное последствие нарушения требований об обязательной письменной форме сделки (п. 1 ст. 162 ГК).

Законом, иными правовыми актами или соглашением может быть предусмотрено и другое дополнительное требование, подчиняющееся тому же описанному выше режиму, установленному для печати. Речь идет о совершении сделки на бланке определенной формы. Такое требование, в частности, содержится в транспортных уставах и кодексах. Ими предусмотрена необходимость использования соответствующих документов, форма которых утверждается уполномоченными органами. Имеются в виду, в частности, формы используемых при перевозе грузов железнодорожной накладной (ст. 38 Устава железных дорог), коносамента и чартера (ст. 121 и 122 Кодекса торгового мореплавания), накладной при речной перевозке (ст. 67 Устава внутреннего водного транспорта), билета, багажной квитанции или грузовой либо почтовой накладной (ст. 105 Воздушного кодекса), товаротранспортной накладной (ст. 47 Устава автомобильного транспорта). Обязательная форма документа установлена для банков при договоре банковского вклада: сберегательная книжка, сберегательный или депозитив-ный сертификат, иной документ, предусмотренный законом, изданными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота. Специальные бланки документов могут быть, в частности, использованы и в договоре страхования (страхо--вой полис).

Общие для всех сделок требования к письменной форме признаются соблюденными, если составлен документ, выражающий ее содержание, и имеются подписи лица или лиц, совершивших сделку, либо уполномоченных ими лиц (п. 1 ст. 160 ГК). Наряду с этим имеются специальные требования, относящиеся к письменной форме договоров. Имеется в виду, что договор заключается путем составления документа, подписанного сторонами, а равно путем обмена документами, осуществляемого с использованием почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной и иной связи. При этом необходимо, чтобы избранный сторонами способ мог бы позволить установить, что документ исходит именно от лица, которое является стороной в договоре (п. 2 ст. 434 ГК). Эта последняя новелла позволяет сделать вывод, что риск, связанный с возможным отказом стороны от направленных от ее имени оферты или акцепта, несет тот, кто ее принял и признал принадлежность подписи отправителю.

Из приведенных правил сделаны исключения в специальных нормах, посвященных отдельным видам договоров. Так, например, договоры про

дажи недвижимости (ст. 550 ГК), продажи предприятия (п. 1 ст. 560 ГК), аренды зданий и сооружений (п. 1 ст. 651 ГК), аренды предприятия (п. 1 ст. 658 ГК), доверительного управления

недвижимостью (п. 2 ст. 1017 ГК) должны быть заключены в письменной форме путем составления непременно одного документа, подписанного сторонами. Следовательно, такой способ, как обмен документами, должен означать нарушение требования о письменной форме.

Поскольку простая письменная форма установлена главным образом для определенности взаимоотношений сторон, а значит, призвана тем самым обеспечить интерес контрагентов, государство обычно не вмешивается в вопросы, связанные с последствиями нарушения требований о письменной форме. Учитывая частный характер интереса сторон к письменной форме договора, законодатель признал, что сделка, совершенная вопреки требованиям ГК или иного закона устно, а не письменно, сохраняет значение юридического факта, порождающего соответствующие права и обязанности. Тем самым в виде общего принципа соблюдение простой письменной формы признается делом самих сторон, разумеется, при наличии их согласия на указанный счет. Если же одна из сторон оспаривает само существование не принявшего обязательную письменную форму договора или отдельных его условий, она вправе заявить иск по этому поводу.

Указание закона на обязательность письменной формы договора означает презумпцию: нет письменной формы – нет и договора. А значит, лицо, ссылающееся на то, что хотя и не было письменной формы, но соглашение сторон было, должно привести необходимые доказательства. Закон (п. 1 ст. 162 ГК), отступая от общих принципов процесса, ограничивает круг возможных доказательств, не допуская свидетельских показаний. В то же время использовать любые доказательства, в том числе и свидетельские показания, может вторая сторона – та, которая утверждает, что сделки в целом или спорного условия в ней в действительности не было.

Соответствующее ограничение содержится в общей норме ГК, а потому принцип допустимости доказательств в приведенном смысле действует независимо от того, воспроизведены ли указанные последствия в статье об обязательной письменной форме, рассчитанной на определенный вид (тип) договора (например, п. 3 ст. 887 ГК), или нет (имеются в виду все остальные статьи, которые устанавливают обязательную письменную форму).

В ряде случаев – именно тогда, когда появляется публичный интерес к самому договору и его письменной форме, – законодатель предусматривает недействительность договора, заключенного устно в нарушение обязательной письменной формы'.

В течение длительного времени законодатель во многих случаях подчеркивал необходимость опосредования хозяйственных связей организаций договорами. При-

Соответствующие последствия указаны, в частности, в ст. 550 ГК («Форма договора продажи недвижимости»), п. 3 ст. 1017 ГК («Форма договора доверительного управления»), п. 1 ст. 940 ГК («Форма договора страхования»), п. 2 ст. 560 ГК («Форма и государственная регистрация договора продажи предприятий»), п. 2 ст. 836 ГК («Форма договора банковского счета»), п. 1 ст. 1028 ГК («Форма и регистрация договора коммерческой концессии»), п. 2 ст, 574 ГК («Форма договора дарения»). При этом в последних случаях содержится указание на то, что соответствующий договор является не просто недействительным, а ничтожным. В остальных, определяя последствия нарушения требований о форме сделки, ограничиваются указанием на недействительность сделки. Решая в подобных случаях вопрос о последствиях признания таких договоров недействительными, необходимо руководствоваться одной из общих норм о сделках. Имеется в виду прежде всего п. 1 ст. 165 ГК, в силу которого несоблюдение требования о нотариальной форме влечет недействительность сделки, при этом такие сделки являются ничтожными. Поскольку оговорки об оспоримости

соответствующих сделок (сделок, нарушающих требование об обязательной письменной форме) в ГК нет, независимо от наличия или отсутствия особого указания на этот счет все упомянутые в специальных нормах договоры, заключенные с нарушением формы и по этой причине признаваемые недействительными, являются ничтожными. При этом не имеет значения, идет ли речь об обязанности, установленной законом (ГК) или соглашением сторон'.

мером может служить Положение о социалистическом государственном производственном предприятии (СП СССР. 1965. № 19-20, Ст. 155), которое особо выделяло обязательность оформления договорами отношений по производству работ, в том числе и в области капитального строительства (п. 48 и 49), по разработке проектно-сметной документации (п. 50), поставкам (пп. 45, 61-68), а также отношений с научно-исследовательскими, проектными, конструкторскими организациями и высшими учебными заведениями по разработке новой техники и технологии производства, проектов реконструкции предприятия, его цехов, участков, отделений и ферм, по модернизации оборудования, механизации и автоматизации производственных процессов, организации труда и производства (п. 60).

В этой связи во многих правовых актах и в арбитражной практике появилось понятие о таком противоправном действии, как «бездоговорная поставка». На самом же деле во всех этих случаях речь шла совсем о другом: стороны достигали соглашения о поставке, подряде и т.п., но просто не оформляли его письменно,

В последнее время этот термин («бездоговорная поставка») практически не употребляется. Одно из немногих исключений – Правила поставки газа. В п. 8 этого акта предусмотрено: «Отпуск газа без договора не производится». Смысл этой формулы опять-таки состоит в необходимости надлежащего оформления соглашения сторон о снабжении газом.

' К.П. Победоносов следующим образом определил основные вехи в развитии норм о последствиях нарушения требований о форме договора. Вначале форма договора

Государственная регистрация сделок (договоров) была предусмотрена уже в ст. 185 ГК 22, которая содержала требование, чтобы продажа строений под страхом недействительности была нотариально удостоверена с последующей регистрацией в коммунальных отделах. А в ГК 64 о государственной регистрации шла речь применительно к двум договорам: купли-продажи и дарения. В обоих случаях имелись в виду одни и те же объекты:

жилой дом и дача, к которым присоединились строительные материалы (см. ст. 239, 239'и 257).

Новый ГК существенно увеличил случаи обязательной государственной регистрации, установив также последствия ее нарушения. Так, из п. 1 ст. 164 ГК в сочетании со ст. 131 ГК, к которой он отсылает, можно сделать вывод о том, что обязательной государственной регистрации подлежат сделки с недвижимым имуществом – во всех случаях, а сделки с движимым -только в отношении имущества определенного вида. Статья 130 ГК отнесла к недвижимости земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей (объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно). В число недвижимых вещей та же статья включила подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Особо предусмотрена возможность отнесения законом к недвижимости и иного имущества. Таким образом, ст. 130 и ст. 164 ГК переплетаются. Это означает, что если закон называет определенное имущество недвижимостью, тем самым решается

положительно вопрос об обязательной регистрации сделок с ним. И наоборот, если закон устанавливает необходимость государственной регистрации сделок с определенным имуществом, последнее уже в силу этого обстоятельства приравнивается к недвижимости и на него распространяется автоматически в определенной части существующий по поводу недвижимости правовой режим. Имеется в виду, что в соответствии с п. 2 ст. 223 ГК самого факта установления обязательной государственной регистрации его отчуждения достаточно для распространения на такое имущество предусмотренного для недвижимости

служила только средством доказывания и нужна была для удостоверения соглашения (имелись в виду действия свидетелей, нотариусов, судей). Однако постепенно некоторые из обычных признаков соглашения оказывались недостаточно определенными. С осложнением сделок и юридических отношений требуется придать большую определенность внешнему их выражению: с употреблением той или другой формы соединяются фискальные интересы государства. Тогда форма или внешни признак является уже не просто орудием доказательства, служит не для одного только удостоверения (ad probationem). Форма становится существенным условием Для Действительности контракта (см.: Курс гражданского права, Ч. III: Договоры и °бязательства. СПб., 1986. С. 50).

правила о переходе к приобретателю права собственности с момента соответствующей регистрации. Точно так же особые правила, определяющие момент перехода доли в праве общей собственности на недвижимость (с момента ее регистрации, а не передачи), распространяются не только на долю того, что представляет собой недвижимое имущество, но и на имущество движимое, если только сделки с ним подлежат государственной регистрации (ст. 251 ГК).

Обязательная государственная регистрация установлена для договоров

коммерческой концессии (п. 2 ст. 1028 ГК), продажи жилых домов, квартир, частей жилого дома или квартиры (п. 2 ст. 558 ГК), продажи предприятий (п. 3 ст. 560 ГК), отчуждения недвижимого имущества под выплату ренты (ст. 584 ГК), аренды недвижимого имущества (п. 2 ст. 609 ГК), дарения недвижимого имущества (п. 3 ст. 574), аренды зданий и сооружений (п. 2 ст. 651 ГК), аренды предприятий (п. 3 ст. 658 ГК), передачи недвижимости в доверительное управление (п. 2 ст. 1017 ГК). Вместе с тем в силу ст. 131 ГК она обязательна и для любого другого договора, предметом которого служит недвижимость.

Вопросы, о которых идет речь, регулируются Законом от 3 июля

1997 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»'. Этот Закон распространяется на все виды недвижимости, кроме воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания и космических объектов, для которых до принятия специальных законов об их государственной регистрации будет действовать ранее установленный порядок.

Закон от 3 июля 1997 г. рассматривает государственную регистрацию

сделок как специальное основание фиксации перехода прав на недвижимость или возникшего обременения соответствующего права (аренда, сер-

витуты и др.).

Суть государственной регистрации состоит в ведении по общей для

всей страны системе Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с

ним. Ведение такого Реестра осуществляют созданные специально для этой цели учреждения юстиции, которые обязаны предоставлять информацию о произведенных записях любому лицу.

Закон предусматривает необходимость учинения записи о совершенной сделке лишь на основе заявления обоих контрагентов. Однако, если договор был нотариально удостоверен, в том числе и в случаях, когда нотариальное удостоверение не является обязательным и произведено по согласию сторон, для внесения записи в единый реестр достаточно обращения

одной из сторон.

См.; Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 30. Ст. 3594.

Несоблюдение правил о государственной регистрации, как и требований об их нотариальной форме, влечет за собой недействительность договоров, при этом они также признаются ничтожными.

Во всех случаях, когда договор признан недействительным вследствие нарушения формы или требований о его государственной регистрации, последствием такого признания в силу п. 2 ст, 167 ГК служит обычно двусторонняя реституция. Соответственно каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по договору, а при невозможности сделать это в натуре – возместить стоимость имущества в деньгах. Указанная норма допускает вместо признания договора недействительным установление, при этом непременно на уровне закона, иных последствий.

Специальные последствия предусмотрены, в частности, ст. 169 ГК для случаев, когда заключен договор с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности. В подобных случаях, как уже отмечалось, при наличии умысла у обеих сторон в доход Российской Федерации взыскивается все полученное ими по договору. Если договор исполнен одной стороной, то с контрагента взыскивается в доход государства все полученное им и все причитающееся ему со стороны в возмещение полученного. Если умысел имелся только у одной из сторон, лишь к ней применяется соответствующая санкция: все, что она получила по договору, возвращается другой стороне, которая, в свою очередь, должна передать полученное ею либо причитающееся ей в доход Российской Федерации.

Необходимость применения такого же рода конфискационных по своей природе последствий предусмотрена иногда в соответствующих актах применительно к нарушениям требований о форме договора. Соответствующие указания с прямой ссылкой на ст. 169 ГК содержатся в Указе Президента РФ от 20 декабря 1994 г. «Об обеспечении правопорядка при осуществлении платежей по обязательствам за поставку товаров (выполнение работ или оказание услуг)»*. Этот Указ, вступивший в действие вместе с самим ГК с 1 января 1995 г., признал важнейшим нарушением основ правопорядка и тем самым достаточным основанием для применения ст. 169 ГК случаи, когда стороны совершили умышленно сделку без соблюдения установленной ГК формы. При этом в самом Указе предусмотрены ситуации, подтверждающие наличие умысла в действиях сторон, нарушивших требования к форме сделок: несвоевременное исполнение обязательств по расчетам с предприятиями-должниками в сочетании с санкциями, не истребованными предприятиями-кредиторами в судебном порядке. Справедливости ради следует отметить, что приведенный Указ трудно укладывается в рамки современного гражданского права.

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 35- Ст. 3690.

: Пункт 1 ст. 165 ГК, как уже отмечалось, предусматривает в виде общей нормы, что несоблюдение

нотариальной формы «исцелимо». Имеется в виду, что, если одна сторона полностью или частично исполнила сделку, а вторая уклоняется от ее удостоверения, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать ее действительной. Поскольку приведенная норма является общей для всех сделок (договоров), она действует независимо от того, имеется ли в специальной статье ГК отсылка к ней или воспроизводится ее содержание (см., например, п. 3 ст. 551 ГК), либо на этот счет нет никаких указаний в самой статье ГК. которой установлена обязательность нотариального удостоверения.

Из приведенной нормы следует, что суд сам определяет на основе оценки соответствующих обстоятельств, надлежит ли признавать действительной сделку, которая не была вопреки требованиям закона или соглашения сторон удостоверена у нотариуса, имея, в частности, в виду, что в противном случае сторона, исполнившая сделку, сможет защитить свои интересы лишь другим образом: потребовав от другой стороны возмещения стоимости неосновательного обогащения.

Рассматривая вопрос об «исцелении» не удостоверенной у нотариуса сделки, суд должен предварительно установить, была ли она вообще заключена. А это означает, в частности, необходимость руководствоваться в подобных случаях п. 1 ст. 162 ГК, из которого вытекает, что наличие сделки не может быть доказано свидетельскими показаниями. По этой причине судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ отменила решение народного суда о признании действительным не удостоверенного у нотариуса договора купли-продажи автомашины, поскольку сам факт заключения такого договора был установлен исключительно на основе показаний свидетелей'.

Положительное решение суда о признании сделки действительной освобождает стороны от необходимости обращаться к нотариусу.

Иной порядок установлен для «исцеления» незарегистрированной сделки (п. 3 ст. 165 ГК). Прежде всего речь идет о том. что обратиться по поводу уклонения второй стороны от регистрации сделки можно независимо от того, была ли она исполнена самим истцом или нет. Однако в этом случае действует иное ограничение: суд может удовлетворить соответствующее требование только тогда, когда были соблюдены все требования к форме сделки. Это означает, что при одновременном нарушении требований и о форме сделки, и о ее регистрации суд бессилен. Такая ситуация возникла в одном из рассмотренных судом дел, когда московский филиал

См. определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации, приведенное в кн.: Судебная практика по гражданским делам. 1993-1996. М, 1996. С. 174-175, а также с. 176-178.

сибирского банка принял в залог мастерскую, не оформив соответствующую сделку у нотариуса, и не обратившись за ее государственной регистрацией. В этом деле последовал отказ в иске со ссылкой на отсутствие нотариального удостоверения сделки.

Существует принципиальная особенность решения суда по удовлетворению иска, связанного с уклонением стороны от государственной регистрации. Такое решение не способно заменить собой регистрацию и самой сделки и перехода на ее основе соответствующего права. Однако указанного решения достаточно (такая ситуация прямо предусмотрена ст. 16 Закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество»), чтобы у соответствующего органа возникла обязанность осуществить регистрацию.

Общим для обоих вариантов «исцеления» служит обязанность стороны, признанной необоснованно уклонявшейся от нотариального удостоверения сделки либо от ее государственной регистрации, возместить контрагенту по его требованию причиненные убытки, однако лишь а виде реального ущерба.

Статья 47 ГК 64 – предшественница ст. 165 ГК специально предусматривала, что «исцелена», несмотря на нарушение формы, может быть только сделка, которая не содержит ничего противозаконного. Теперь в ГК такой оговорки нет. Однако соответствующее требование сохраняет свое значение. Следовательно, «исцеленной» может оказаться только сделка, которая нарушает строго определенные в самом Кодексе требования о форме и государственной регистрации, а во всем остальном соответствует требованиям закона.

4. СТОРОНЫ В ДОГОВОРЕ

Договор – основная модель гражданских правоотношений. Возможностью ее использования наделяется каждый участник гражданского оборота:

гражданин, юридическое лицо, Российская Федерация и субъекты Федерации, а также муниципальные образования. Для всех перечисленных субъектов создается в принципе одинаковый режим. В этом находят прямое выражение закрепленные в п. 1 ст. I ГК основные начала и среди них такие, как равенство участников отношений, свобода договоров и др.

Вместе с тем в силу различных причин законодатель в ряде норм либо ограничивает возможности использования той или иной договорной модели, либо, открывая такую возможность, откровенно устанавливает определенные исключения из общих норм с учетом того, кто именно выступает в роли контрагентов.

К соответствующим нормам прежде всего относятся те, которые допускают участие в качестве стороны в определенном типе (виде) договоров только граждан. Так, лишь гражданин может выступать получателем в до-

говоре пожизненного содержания с иждивением (п. 1 ст. 601 ГК) или договоре пожизненной ренты (п. 1 ст. 596 ГК), поклажедателем в договоре хранения с ломбардом (п. 1 ст. 358 ГК) или нанимателем в договоре найма жилого помещения (п. 1 ст. 677 ГК). Соответственно исключается участие в упомянутых договорах на определенной стороне юридических лиц, а равно и любых иных, кроме граждан, субъектов гражданского права.

Существуют и прямо противоположные ограничения. Только на юридических лиц (не граждан!), при этом лишь на тех из них, которые основаны на государственной или муниципальной собственности, может быть возложена законом обязанность страховать принадлежащее им на праве хозяйственного ведения или оперативного управления имущество (п. 3 ст. 935 ГК).

Дифференциация режима имеет разные основания и принимает разные формы. Так, нормы, определяющие особенности правового положения юридических лиц, с одной стороны, и граждан " с другой, являются иногда более строгими по отношению к первым и менее строгими по отношению ко вторым. В частности, речь идет о правилах, которые определяют требования к форме договоров. Имеются в виду различия, которые проведены в п. 1 ст. 161 ГК (общая норма о сделках, которые должны заключаться письменно), п. 1 ст. 609 ГК (о форме договора аренды), ст. 808 ГК (о форме

договора займа), п. 2 ст. 574 ГК (о форме договора дарения) и др.

Установлены определенные ограничения для юридических лиц, которые относятся к праву на жилое помещение. Так, договоры владения и (или) пользования жилыми помещениями могут заключаться только при условии, если речь пойдет о проживании граждан (п. 2 ст. 671 ГК).

Ряд договоров предполагает специальные гарантии для граждан, которые не распространяются на случаи, когда в роли стороны выступает юридическое лицо. Например, только в отношении граждан закреплено императивной нормой, что сумма вклада или ее часть должны непременно выдаваться по первому требованию вкладчика (п. 2 ст. 837 ГК), только в срочный договор банковского вклада с гражданином недопустимо включать условие о праве банка изменять размер процентов по вкладам (п. 3 ст. 838 ГК).

Специальный режим выражен и в том, что лишь юридическим лицам запрещено перечислять находящиеся на вкладах (депозитах) денежные средства другим лицам (п. 3 ст. 834 ГК).

Из всех потребителей энергоснабжения только гражданам, использующим энергию для бытового потребления, предоставляется право расторгать договоры в одностороннем порядке (при условии уведомления энергоснабжающей организации и полного расчета с ней). Соответственно договор, заключенный с гражданами на использование энергии для потре

бительских нужд, не может быть расторгнут энергоснабжающей организацией по такому основанию, как неоднократное нарушение сроков оплаты, кооме случаев, установленных законом и иными правовыми актами (п. 1 ст 546 ГК). Только вклады граждан принявший их банк обязан застраховать а в предусмотренных законом случаях использовать для их обеспечения и другие способы (п. 1 ст. 840 ГК). Только для граждан установлена полная свобода производить расчеты наличными без ограничения суммы (п. 1 ст. 861 ГК). Законодатель иногда особо подчеркивает, что льготный для потребителей режим публичного договора (ст. 426 ГК) распространяется лишь на случаи, когда в такой роли выступает гражданин: договор банковского счета (п. 2 ст. 834 ГК) или хранения вещей в ломбарде (п. 1 ст. 919

ГК)идр.

Специальная глава ГК (гл.5) посвящена участию в гражданских правоотношениях Российской Федерации, субъектов Федерации и муниципальных образований. Как предусмотрено п. 2 ст. 124 ГК, к указанным субъектам применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в гражданских правоотношениях. При этом соответствующая новелла Кодекса допускает установление определенных изъятий, которые могут вытекать как из закона, так и из специфики соответствующих субъектов.

Среди особенностей выступления Российской Федерации, субъектов Федерации и муниципальных образований в связи с заключением ими договоров следует прежде всего указать на те, которые относятся к ответственности указанных субъектов права по принятым ими на себя обязательствам. Так, созданное указанными субъектами юридическое лицо не отвечает по их долгам. В свою очередь. Российская Федерация, субъекты Федерации и муниципальные образования не отвечают по долгам своих юридических лиц, кроме случаев, предусмотренных в законе. К таким случаям относится субсидиарная ответственность Российской Федерации по обязательствам созданных ею казенных предприятий.

Субсидиарная ответственность, о которой идет речь, отличается от предусмотренной в ст. 399 ГК. Различие состоит в том, что в силу указанной статьи субсидиарный должник отвечает в случае, когда основной отказался удовлетворить требование кредитора или кредитор не получил от него в разумный срок ответ на предъявленное требование. Реальная возможность должника удовлетворить претензии кредитора при этом не имеет значения.

В то же время в силу п. 5 ст. 115 ГК условием наступления субсидиар-ной ответственности Российской Федерации служит отсутствие у казенного предприятия имущества для покрытия соответствующего обязательства.

Аналогичная субсидиарная ответственность возникает у указанных трех категорий субъектов по обязательствам своих учреждений. Подобно

всем другим собственникам Российская Федерация, субъекты Федерации и муниципальные образования отвечают при отсутствии у созданных ими учреждений необходимых денежных средств. Таким образом, предварительного обращения взыскания на неденежное имущество учреждения не требуется.

Установлены определенные ограничения в составе имущества указанных категорий субъектов, на которое можно обратить взыскание. Имеется в виду недопустимость использовать в качестве объекта взыскания по их обязательствам принадлежащее им имущество, которым не вправе обладать другие субъекты гражданского права (т.е. имущество, изъятое из оборота). К этому следует добавить, что обращение взыскания на землю и другие природные ресурсы допускается только в случаях, предусмотренных законом'.

Российская Федерация, субъекты Федерации и муниципальные образования обладают общей правоспособностью, а значит, вправе в принципе заключать любые гражданско-правовые договоры, кроме случаев, когда иное предусмотрено законом.

ГК предусматривает случаи выступления Российской Федерации и субъекта Федерации при заключении государственного контракта на выполнение подрядных работ для государственных нужд (ст. 763 ГК), государственных займов (п. 1 ст. 817 ГК).

При оборонном заказе вооружения и военной техники, научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ по их разработке, а также по созданию новых технологий производства вооружения, военной техники в целях поддержания необходимого уровня обороноспособности и безопасности Российской Федерации в качестве государственных заказчиков могут выступать только федеральные органы исполнительной власти2.

Еще одним примером служат соглашения о разделе продукции. В них стороной выступают непременно Российская Федерация, от имени которой действует Правительство Российской Федерации, и орган исполнительной власти субъекта Федерации, на территории которого рекомендуется предоставлять в пользование участки недр, или уполномоченный ими орган, а контрагентами Российской Федерации могут выступать субъекты предпринимательской деятельности. Смысл соответствующих договоров состоит в том, чтобы этим последним на возмездной основе на определенный срок предоставить исключительные права на поиск, разведку, добычу минерального сырья на участках недр и на ведение связанных с этим работ. В обя"

В соответствии с п. 3 ст. 212 ГК виды имущества, которое может находиться в собственности лишь

государственной или муниципальной, устанавливаются только на уровне закона.

См.: Закон «О государственном оборонном заказе» // Собрание законодательства РоссчйскоЙ Федерации. 1996. № 1, Ст. б.

занность инвесторов входит осуществление перечисленных работ за свой счет и на свой риск'.

В ряде норм ГК или иной закон предусматривают и другие случаи, когда только Российская Федерация, субъект Федерации или муниципальное образование могут выступать в соответствующих договорных отношениях. В качестве примера можно указать на п. 5 ст. 817 ГК, посвященный договору государственного займа.

В соответствии с Законом РФ от 26 октября 1994 г. «О закупках и поставках сельскохозяйственных продуктов, сырья и продуктов для государственных нужд» Правительство РФ, органы исполнительной власти субъектов Федерации гарантируют товаропроизводителям авансовую оплату, а также соответствующие дотации из бюджета. Кроме того, Российская Федерация и субъекты Федерации при неисполнении или ненадлежащем исполнении гарантий, связанных с выделением государственным заказчикам финансовых средств, обязаны выплачивать тем, кто заключил государственный контракт, вызванные этим штрафы из соответствующего бюджета2.

Законом от 10 ноября 1994 г. «О поставках продукции для федеральных нужд»3 установлено, что Правительство Российской Федерации предоставляет гарантии по обязательствам государственного заказчика (стороны государственного контракта) в пределах выделенных для этого средств.

Субъекты, о которых идет речь, вошли в перечень тех, кто может быть адресатом пожертвований (п. 1 ст. 572 ГК). Они же указаны в качестве возможных организаторов лотерей, тотализаторов и других, основанных на риске игр, при этом для заключения соответствующих договоров они не нуждаются в разрешении (лицензии) (п. 1 ст. 1063 ГК).

ГК иногда, напротив, исключает участие в определенных договорных отношениях Российской Федерации, субъектов Федерации и муниципальных образований. Так, п. 4 ст. 66 ГК предусматривает, что участниками полного товарищества или полными товарищами в товариществах на вере и тем самым выступать стороной в соответствующих учредительных договорах государственные органы и органы местного самоуправления не могут, кроме случаев, предусмотренных законом. Нетрудно определить причину указанного исключения: оно введено применительно к субъектам корпоративного типа, участник которых несет полную, т.е. ничем не ограниченную, ответственность по долгам соответствующих образований4.

' См.: Закон «О соглашениях о разделе продукции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 1. Ст. 18.

2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 34. Ст. 3540.

3 См. там же. 1994. № 32. Ст. 3303.

См. о выступлении в гражданском обороте Российской Федерации, су&ьектов Федерации и муниципальных образований: Комментарий части первой Гражданского

От имени Российской Федерации и субъектов Федерации приобретают и осуществляют имущественные и неимущественные права органы государственной власти, а от имени муниципальных образований – органы местного самоуправления. И те и другие органы действуют в

рамках своей компетенции, которая установлена актами, определяющими статус соответствующего субъекта (п. 1 и 2 ст. 125 ГК)'.

Стороны договора могут меняться, оставляя сам договор и входящие в его содержание обязательства неизменными. Речь идет о переходе прав ^требований) и переводе долга2.

5. ДОГОВОР И ТРЕТЬИ ЛИЦА

Из признания гражданского оборота совокупностью сделок непосредственно следует, что договор с момента его заключения составляет определенную часть гражданского оборота. И в этом своем качестве каждый в отдельности договор может быть противопоставлен всему остальному обороту. Соответственно контрагенты таким же образом противостоят остальным участникам гражданского оборота. Имея в виду указанное противопоставление, законодатель использует параллельно с термином «сторона» в качестве его коррелята «другое лицо». Это последнее обладает одним, исключительно негативным признаком: «другое лицо» – любой участник оборота, не являющийся стороной в договоре. Например, желая подчеркнуть абсолютный характер прав арендатора на продление срока аренды после его истечения, п. 1 ст. 621 ГК указывает на то, что соответствующая сторона обладает таким правом преимущественно перед «другими лицами», т.е. перед любым и каждым.

Или другой пример; на подрядчика возлагается обязанность устранять обнаруженные недостатки выполненной им работы, если они создают опасность не только для заказчика, но и для любых иных лиц. Этих последних п. 2 ст. 737 ГК также называет «другими лицами».

Отдельно взятый договор может быть только искусственно вычленен из оборота. В действительности по поводу осуществления договорных прав и обязанностей контрагенты вступают в различного рода связи с опреде-

кодекса Российской Федерации для предпринимателей. С. 153 и ел. (автор – В.П. Зве-ков).

' Так, например, за Министерством топлива и энергетики Российской Федерации закреплено право заключать от имени Правительства Российской Федерации, т. е. от имени государства, производственные контракты с определенными нефтяными компаниями (см.: Указ Президента Российской Федерации от 1 апреля 1995 г. «О первоочередных мерах по совершенствованию деятельности нефтяных компаний» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 15-Ст. 1284). 2 См. п. 5 гл. V.

ленными из числа «других лиц». Все они – те, кто, не будучи его сторонами своими действиями определенным образом воздействуют на динамику правоотношения, в том числе договорного, именуются «третьими лицами». Третье лицо – это тот, кто, не относясь к числу контрагентов, оказывается в юридически значимой связи с одним из них либо с обоими. Отмеченное обстоятельство потребовало от законодателя с учетом особенностей такого рода связей создавать специально посвященные им нормы.

Термин «третье лицо» широко использовался и используется не только в гражданско-процессуальном, но и в гражданском материальном праве. Достаточно указать на то. что упоминание по тому или иному поводу о третьих лицах содержится примерно в 70 статьях первой и второй частей ГК, посвященных как договорным, так и иным правоотношениям. Связи с участием третьих лиц

являются не только широкими, но и многообразными. Это вызывает необходимость определенным образом классифицировать статус третьих лиц применительно к характеру правоотношений, в которых они участвуют, и прежде всего к договорам, выступление в которых третьих лиц особенно важно.

Попытку такой классификации предприняла в свое время Е.Н. Данилова. В работе «Ответственность должника за действия третьих лиц, участвующих в исполнении договоров»' она выделила четыре существенно отличных один от другого случая участия третьих лиц, избрав в качестве квалификационного признака основания их выступления. К первой группе был отнесен специальный договор, построенный по модели страхования гражданской ответственности, когда «основанием обязательства является договор, но не между ответчиком (должником) и потерпевшим... а между ответчиком и вредителем. Содержанием обязательства при страховании гражданской ответственности, как и при обязательствах, возникающих из недозволенных действий, является возмещение ущерба». Ко второй группе отнесены сделки, заключенные третьим лицом – представителем, К третьей -нарушения ответчиком обязанности по выбору или надзору. И наконец, четвертую составила группа ситуаций, которые являлись предметом исследования автора: «Простое следствие того, что должник, допустив третье лицо к участию в исполнении договора или осуществлении прав по нему, не исполнил из-за действий третьего лица договора и тем нанес ущерб кредитору».

Приведенная классификация не вполне соответствует своему назначению, поскольку, во-первых, охватывает узкий круг случаев, связанных с участием третьих лиц, и, во-вторых, в ней отсутствует единый критерий,

См.:Данклова Е.Н. Указ. соч. С. 8.

что служит, как неоднократно подчеркивалось, обязательным требованием к любой классификации'.

На наш взгляд, создать одноуровневую классификацию вряд ли удастся. По этой причине предлагается, не претендуя на ее полноту, провести классификацию по нескольким ступеням.

На первой разграничиваются третьи лица, выступающие от собственного имени и от имени стороны в договоре. Дальнейшее деление, относящееся только к тем, кто выступает от собственного имени, может быть проведено исходя из критерия поставленной сторонами цели. Это позволяет выделить прежде всего случаи, в которых участие третьего лица составляет цель соответствующего правоотношения. Речь идет о договорах в пользу третьего лица.

Все остальные ситуации можно разделить с учетом того, с какой из сторон договора третьи лица связаны: пассивной, т.е. стороной должника, или активной – стороной кредитора.

Участие третьего лица на пассивной стороне выражается в одной из двух форм: третье лицо выступает как исполнитель обязательства или как пособник должника.

Что же касается связи третьего лица с активной стороной, то здесь можно говорить о принятии исполнения вместо кредитора третьим лицом и об адресованном третьим лицом одной из сторон в договоре требовании его исполнения.

Во всех случаях выступления третьего лица от имени стороны в договоре речь идет о совершении юридических действий, т.е. представительстве. Соответственно решающее значение для определения последствия действий такого третьего лица определяется тем, выступало ли оно в соответствии с

предоставленными полномочиями или за их пределами.

' Термины «другое лицо» (или адекватный ему ~ «любое лицо»), а также «третье лицо» весьма распространены и используются за пределами договорного права. Четкое различие между обоими видами участников проведено, например, в ст. 1067 ГК. В первой ее части, когда говорится вообще о возможных потерпевших от действий любого, кто находится в состоянии крайней необходимости, применяется термин «другое», т.е. «любое», лицо. А во второй (где идет речь о возможности для суда возложить обязанность возместить вред непосредственно на того, в чьих интересах действовал причинитель) имеется в виду вполне конкретный субъект – «третье лицо».

В некоторых случаях ГК именует третьим лицом того, кто находится в юридической связи с носителем абсолютного права. Так, ст. 138 ГК под «третьими лицами» подразумевает тех, кто получил согласие носителя интеллектуальной собственности на использование соответствующего ее результата.

Аналогичные примеры можно найти в любых иных главах (разделах) Кодекса. И повсюду сохраняется основной признак третьего лица: связь с одной или обеими сторонами правоотношения, определенная юридически значимым образом.

Сторона несет ответственность лишь за юридические действия, со-рптпенные третьим лицом в пределах полномочий, которыми он обладает. За свои фактические действия отвечает она сама.

Договор в пользу третьего лица составляет особую договорную кон-стоукцию, принципиально отличную от всех остальных договоров, для которых характерно то, что они всегда заключаются в интересах самих

сторон.

Рассматриваемому виду договоров посвящена специальная ст. 430 ГК

("«Договор в пользу третьего лица»), которая внесла определенные изменения в его регулирование по сравнению с одноименной статьей ГК 64

(ст.167).

Пункт 1 ст. 430 ГК следующим образом определяет соответствующий

договор: по этому договору должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства.

Приведенное определение может показаться относящимся не к договору в пользу третьего лица, а к иной конструкции – договору об исполнении третьему лицу (см. о ней ниже). Однако последующие пункты ст. 430 ГК позволяют утверждать, что созданная ими конструкция действительно представляет собой «договор в пользу третьего лица». '

Основной смысл соответствующей конструкции лежит в предоставлении третьему лицу права самостоятельного требования к стороне по договору, в заключении которого третье лицо участия не принимало. Примером может служить договор перевозки. Построенный по модели договора в пользу третьего лица, он порождает у грузополучателя (третьего лица) различные права, и в их числе право заявлять перевозчику, с которым непосредственно договора он не заключал, требования, возникшие вследствие утраты, повреждения или просрочки в доставке груза. Необходимой предпосылкой для

заключения такого договора служит несовпадение в одном лице грузоотправителя и грузополучателя.

Конструкция договора в пользу третьего лица используется в отношениях по страхованию и кредиту: это – договоры страхования жизни с назначением лица, которому должна быть выплачена страховая сумма; договоры страхования имущества его владельцами в пользу собственников;

условные вклады в кредитные организации в пользу назначенного лица.

Для рассматриваемого договора характерны, как вытекает из ст. 430 ГК, по крайней мере такие элементы: третье лицо всегда противостоит в качестве кредитора одной из сторон первоначального договора (1), первоначальный договор в принципе создает у третьего лица права, а не обязанности (2), при отказе третьего лица от выговоренного права его обычно может осуществить сам контрагент, выступавший в роли кредитора (3).

Для того чтобы третье лицо стало кредитором в обязательстве, необходимы, по общему правилу, два юридических факта: заключение соответствующего договора и изъявление третьим лицом согласия принять выговоренное в его пользу право; в договорах страхования третье лицо должно выразить свою волю после наступления страхового случая. До завершения указанного юридического состава – получения согласия третьего лица на осуществление предоставленного ему права – контрагент менять содержание договора (так, в соответствии со ст. 59 УЖД отправитель может изменить указанного в накладной грузополучателя до момента выдачи груза;

правом изменять некоторые пункты договора обладает и страхователь).

Использование соответствующей конструкции возможно применительно как к односторонним, так и двусторонним договорам. В последнем случае обязанности по договору несет первоначальный контрагент (в частности, страхователь в соответствующем договоре). Однако после того, как третье лицо выразило свое согласие на вступление в договор, определенные обязанности могут быть возложены и на него.

Так, в силу ст. 200 КТМ в случае заключения договора морского страхования в пользу другого лица страхователь несет все обязанности по ло-. говору. Однако эти же обязанности возлагаются и на лицо, в пользу которого заключен договор, если заключение имело место по его поручению или хотя и без поручения, но выгодопреобретатель выразил на то свою волю.

Одна из особенностей ст. 430 ГК состоит в том, что она допускает случаи, когда третье лицо прямо не названо в договоре. Имеется в виду отсутствие точного указания выгодоприобретателя к моменту заключения договора. Таким образом, можно утверждать, что выгодоприобретателем всегда должно быть лицо «определенное» или «определимое».

Примером последней ситуации может служить страхование ответственности за причинение вреда. Например, владелец источника повышенной опасности для окружающих страхует свою ответственность перед потенциальным потерпевшим, т.е. тем, на кого им может быть совершен в будущем наезд, или перед тем, кому принадлежит автомашина, которую он может в результате дорожного происшествия повредить.

Другим примером из той же области отношений служит морское страхование. Статья 195 КТМ предусматривает, что одноименный договор может быть заключен страхователем в свою пользу, в пользу другого лица, указанного или не указанного в договоре. В последнем случае имеется в виду лицо, которое представит полис или иной страховой документ в подтверждение своих прав.

Статья 131 Воздушного кодекса возлагает на владельца воздушного судна обязанность страховать свою ответственность перед третьими лица

ми за вред, причиненный жизни или здоровью либо имуществу третьих лиц при эксплуатации воздушного судна.

Наконец, в силу ст. 18 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус занимающийся частной практикой, обязан заключить договор страхования своей деятельности, без чего не вправе выполнять свои обязанности.

Указанные виды страхования укладываются в рамки ст. 4 Закона от 27 ноября 1992 г. «О страховании»', а также п. 3 ст. 931 ГК.

Третье лицо как носитель самостоятельного права должно обладать правоспособностью. По этой причине не может выступать в такой роли и утратившее права юридического лица образование, и гражданин, которого к моменту заключения договора уже нет в живых. В частности, п. 3 ст. 596 ГК признает в указанном случае ничтожным договор пожизненной ренты в пользу гражданина, который к моменту заключения договора уже умер.

Договор в пользу третьего лица имеет определенное сходство с условной сделкой. Речь идет о том, что достижение цели договора – приобретение права из него третьим лицом – связано с наступлением или ненаступлением определенного, не зависящего от воли контрагентов обстоятельства – согласия третьего лица, в пользу которого заключен договор, принять выговоренное в его пользу право. Подобное принятие, представляющее собой волеизъявление третьего лица, служит для контрагентов или по крайней мере одного из них обстоятельством, «относительно которого неизвестно, наступит ли оно».

Продолжая сравнение с условной сделкой, легче установить, какое значение имеет для развития договорных отношений воля третьего лица:

является ли она условием (юридическим фактом) отменительным или отлагательным? Иначе говоря, что представляет собой договор в пользу третьего лица: идет ли речь об обычном правоотношении, связывающем стороны, и, следовательно, воля третьего лица лишь трансформирует обязательство в пользу стороны, которая выступает кредитором в договоре, либо эта воля лица впервые создает соответствующее обязательство, т.е. является право-устанавливающим отлагательным условием?

На поставленный вопрос в свое время в литературе давался неоднозначный ответ.

Так, в споре с Б. Виндшайдом, полагавшим, что право третьего лица существует у последнего с момента заключения основного договора, Г.Ф. Шершеневич признавал соответствующее право возникшим только с момента, когда третье лицо выразило на то свою волю3. Последнее позволяло сделать вывод, что лишь с этого момента право можно считать созревшим для принудительного осуществления в отношении соответствую-

См.: Ведомости Российской Федерации. 1993. № 2. Ст. 56. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М,, 1912. С. 520.

щей стороны в договоре. Все, что совершалось до этого момента, не может признаваться нарушением прав третьего лица'.

Хотя позиция Г.Ф. Шершеневича кажется предпочтительнее, нельзя пройти мимо того, что каждый

из указанных авторов имел в виду различное право. Первое из них выражается в возможности для третьего лица присоединиться соответствующим образом к договору. Указанному праву противостоит лишь связанность того из контрагентов, кто является должником в соответствующем обязательстве. Для возникновения указанного права, секундарного по своей природе, достаточно самого договора. Смысл этого права можно выразить все той же использованной ранее формулой «право на право».

Вторым является право, возникшее в связи с выражением воли третьим лицом воспользоваться предоставленным ему секундарным правом. Так юридический состав, состоящий из двух фактов – договор плюс односторонняя сделка, совершенная третьим лицом, – порождает настоящее субъективное право, которому противостоит уже обязанность должника.

Существует различие между возникновением двух видов секундарных прав: одного, – порожденного офертой, а второго – договором в пользу третьего лица. Первое носит безусловный характер: с момента, когда оферта оказалась воспринятой адресатом, секундарное право, возникшее у последнего, не может быть отменено оферентом. Иное дело – договор в пользу третьего лица. Здесь секундарное право существует на протяжении всего периода действия договора с тем, однако, что в течение времени, прошедшего до выражения третьим лицом своего согласия, сторона, выговорившая право третьей стороны, может ее этого права лишить.

На наш взгляд, именно концепция, обосновывающая существование отличных от субъективных, секундарных прав, способна наиболее точно отразить смысл конструкции договора в пользу третьего лица. Это успешно доказал М.М. Агарков. По мнению М.М. Агаркова, которое опирается на обширную литературу континентального права, наряду с субъективным

Близкую позицию занимал А.М. Гуляев, полагавший, что «для третьего лица возникают из заключенного, помимо его участия, договора права требования, а для должника – обязанность исполнения с того времени, как третье лицо выразит свою волю осуществить содержание договора: до этого момента существует лишь отношение, связывающее контрагентов». Вызывает сомнение лишь аргументация автора: «Для того чтобы мог быть заключен договор в пользу третьего лица, необходимо, чтобы между третьим лицом и активной стороной договора существовало такое отношение, которое создавало бы для этого контрагента интерес в исполнении должником обязательства в пользу третьего лица» (Гуляев А.М. Русское гражданское право. СПб., 1912. С. 238). Такой интерес действительно, как правило, налицо. Однако и характер и самое наличие интереса относятся к области мотивов в сделке, которые в круг ее оснований не входят.

гтоавом за его пределами существует «возможность создать, изменить или поекратить юридическое отношение посредством одностороннего волеизъявления»'. Отмечая, что закон называет такие волеизъявления правом, он ставит вопрос: «являются ли эти возможности правами в собственном смысле слова, в том же самом смысле, как право собственности, право за'-дога право кредитора требовать исполнения от должника и т.п.?» На этот вопрос дан отрицательный ответ.

М.М. Агаркова не смущает отмеченное им же обстоятельство, что закон называет указанные возможности «правом». Особенность соответствующей конструкции состоит, в частности, в том, что «праву одной стороны соответствует не обязанность другой стороны, а только связанность ее этим правом»2 (выделено нами. – Авт.). Наряду с другими к секундарным М.М. Агарков относил права третьего лица, в пользу которого заключен одноименный договор3.

С изложенных позиций вызывает сомнение близкая к позиции Б. Дернбурга точка зрения В.И. Серебровского, который полагал, что право третьего лица существует, поскольку обещание должника произвести исполнение третьему лицу, принятое другой стороной в договоре, подтверждает обоюдное намерение сторон. Соответственно автор полагал, что для возникновения права третьего лица не требуется какого-либо волеизъявления с его стороны. Правда, позднее В.И. Серебровский смягчает свою позицию. Вслед за утверждением, что право возникает из договора и выражение воли третьего лица безразлично, он вместе с тем не считает право третьего лица действительно породившим сам договор4.

В связи с указанным разрывом во времени двух прав возникает вопрос о том, что представляют собой взаимоотношения сторон в промежутке, во-первых, от заключения договора до выражения воли третьим лицом и, во-вторых, после того, как третье лицо выразит волю воспользоваться соответствующим правом или откажется присоединиться к договору?

Агарков М.М. Обязательственное право. С. 68. 2 Там же. С. 69. 'Там же. С. 68.

См.; Серебровский В.И. Договор страхования жизни в пользу третьего лица // Ученые труды ВИЮН. Вып. IX. С. 172-173. Такова же и точка зрения Н.С. Ковалевской. Она обращала внимание на то, что соответствующая норма (ст. 167 ГК 64), «поскольку в ней указано... если третье лицо не откажется, это означает: соответствующее право у третьего лица уже было. Иначе говоря, право третье лицо имело, но отказалось от него» (Ковалевская Н.С. Договор в пользу третьего лица // Вестник ЛГУ. 1984. № 5. С. 101). Думается, что и в этом случае произошло смешение двух видов прав – субъективного и секундарного, т.е. того, которым создается лишь возможность приобретения права.

Прямого ответа на первый вопрос не было в ГК 64. По этому поводу О.С. Иоффе высказал соображение, что даже тогда, когда право требовать исполнения обязательства принадлежит тому, кто заключил договор в пользу третьего лица, он может это требование осуществить не для себя, а только для третьего лица. «Возможность использования для себя права, возникшего по такому договору, предоставляется ему лишь в случаях, когда от этого права отказалось лицо, в пользу которого договор был заключен»'.

Указанная точка зрения соответствовала позиции ГК64. Имеется в виду содержавшаяся в этой статье диапозитивная норма, которая предусматривала, что исполнения договора в пользу третьего лица могут требовать как лицо, заключившее договор, так и третье лицо. Возможность для стороны воспользоваться своим предусмотренным договором правом не ставилась в зависимость от того, в чьих интересах она действует.

В ГК приведенная норма отсутствует. Вместо нее появилась другая, в известной мере прямо противоположная предложенному толкованию ранее действовавшей нормы. Имеется в виду новелла, в силу которой стороны, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором, не могут расторгнуть или изменить заключенный между ними договор с момента выражения третьим лицом должнику намерения воспользоваться этим правом (п. 2 ст. 430 ГК). Указанная норма явно относится к числу тех, которые требуют толкования способом a contrario. Соответственно, применяя его, можно прийти к выводу: до подтверждения принятия третьим лицом выговоренного в его пользу права договор может быть изменен и, в частности, стать обычным договором в пользу заключившей его стороны. Стороне не требуется для этого согласия ни третьего лица, ни контрагента. Иное дело – изменение третьего лица. Самостоятельно заменить последнее должник может только в случае, если это предусмотрено законом, иным правовым актом или

договором. Имеется в виду, что замена третьего лица означает изменение первоначального договора, которое должно происходить по общему правилу лишь с согласия должника-контрагента в первоначальном договоре.

Может показаться, что ст. 430 ГК оказалась с внутренними коллизиями. Наряду с п. 2 существует в ней и п. 4, который закрепляет возможность стороны, если это не противоречит закону, иным правовым актам или договору, при отказе третьего лица от принадлежащего ему права самому им воспользоваться. Приведенная норма позволяет сделать вывод, основанный на таком же способе толкования – a contrario. Суть его в данном случае означает, что до получения отказа третьего лица менять договор и, в частности, воспользоваться правом, выговоренным в его пользу, сторона не мо-

' Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 35.

жет. Таким образом, если из п. 2 ст. 430 ГК вытекает: «молчание позволяет стороне осуществить право», то из п. 4 той же статьи, наоборот, следует:

«молчание позволяет признать отсутствие у стороны соответствующего права» (только прямо выраженный отказ может его породить). Думается, что природе договора в пользу третьего лица больше соответствует норма, включенная в п. 2 ст. 430 ГК.

Специальная норма, допускающая изменение договора до момента положительного выражения своей воли третьим лицом, содержится в ГК применительно к договору банковского вклада. Пункт 2 ст. 842 ГК прямо предусматривает, что до выражения третьим лицом намерения воспользоваться правами вкладчика лицо, которое заключило договор банковского вклада, может приобрести эти права в отношении внесенных им на счет по вкладу денежных средств. Разумеется, приведенное решение не может рассматриваться как непременно соответствующее интересам первоначально назначенного третьего лица. Однако, с точки зрения действующего ГК, это обстоятельство значения не имеет. Думается, что приведенная норма в наибольшей степени отвечает природе самой конструкции договора в пользу третьего лица.

Иное толкование соответствующих норм, определенный повод к которому давал ГК 64, могло бы открыть обязанной стороне дорогу к отклонению требования контрагента со ссылкой на то, что последний не доказал, действовал ли он на самом деле в интересах третьего лица. Более того, такое толкование поставило бы, например, под сомнение возможность грузоотправителя осуществлять самостоятельно одно из основных его прав -свободно, по собственной воле и в своем интересе переадресовывать грузы в процессе транспортировки в случаях, когда это не противоречит транспортному законодательству.

Очевидно, препятствием для самостоятельного осуществления соответствующего права может служить прямо зафиксированный в законе (в заключенном договоре) запрет кредитору осуществлять закрепленное в договоре право по отношению к своему контрагенту – должнику.

К этому следует добавить и еще одно соображение, связанное уже с иной ситуацией. Имеются в виду случаи, когда по самой природе договора выговоренное в пользу третьего лица право не способен осуществлять кредитор. Сюда могут быть отнесены с равным основанием страхование имущественной ответственности, заключение договора пожизненного содержания с иждивением или договора пожизненной ренты, в котором плательщиком выступает юридическое лицо, и др'.

В соответствии с п. 3 ст. 931 ГК «договор страхования риска ответственности за причинение вреда

считается заключенным в пользу лиц, которым может быть причинен вред (выгодоприобретателей), даже если договор заключен в пользу страхо-

Как уже отмечалось, из п. 2 ст. 430 ГК вытекает, что с момента выражения третьим лицом намерения воспользоваться выговоренным в его пользу правом стороны лишаются возможности расторгать или изменять договор. Одновременно само третье лицо становится носителем соответствующего, указанного в договоре права.

Следует иметь в виду ту присущую рассматриваемой конструкции особенность, что при изъявлении третьим лицом своей воли присоединиться к договору соответствующая сторона не уходит из него. Следовательно, сторона вправе адресовать требования, вытекающие из договора, контрагенту. Это не исключает того, что в случаях, предусмотренных в законе, ином правовом акте или в договоре, определенные обязанности могут быть возложены именно на третье лицо. Так, например, происходит в договоре перевозки грузов, в отношении которого транспортными уставами и кодексами предусмотрены различные обязанности, лежащие на грузополучателе (получить груз. осуществить его проверку в указанном порядке и др.). Другой пример – договор морского страхования. Имеется в виду ст. 203 КТМ, которая предусматривает, что, если до отчуждения груза страховая премия не была уплачена, обязанность ее уплаты несут как страхователь, так и приобретатель груза.

Выражение третьим лицом согласия на вступление в договор не превращает последний ни в многосторонний договор, ни в договор со множественностью лиц на стороне кредитора. Договор не становится многосторонним уже потому, что третье лицо состоит в отношениях только с одной стороной – должником (имеется в виду, что возможные обязательственные отношения между третьим лицом и кредитором находятся за пределами договора). Не может считаться такой договор и обязательством со множественностью лиц на стороне кредитора, поскольку в виде общего правила ни одна из известных гражданскому праву моделей такой множественности -солидарные, субсидиарные или долевые кредиторы – здесь, опять-таки по общему правилу, не используется.

Прямые указания на сохранение за стороной ее места в договоре содержатся и в некоторых других статьях ГК. Примером может служить ситуация, предусмотренная п. 1 ст. 939 применительно к договору страхования с назначением выгодоприобретателя. Здесь подчеркнуто, что во всех случаях, включая и те, при которых выгодоприобретатель сам же является застрахованным лицом, по общему правилу страхователь не освобождается от выполнения обязанностей по договору. Исключение составляют случаи, когда соответствующие обязанности уже выполнены в полном объеме страхователем либо «иное» предусмотрено договором. Вместе с тем нега-

вателя или иного лица, ответственных за причинение вреда, либо в договоре не указано, в чью пользу он заключен».

тивные последствия нарушения обязательства стороной несет выгодоприобретатель. Это, в частности, означает, что страховщик вправе потребовать исполнения обязанности, лежащей на страхователе, от выгодоприобретателя. При этом на последнего падает риск последствий того, что обязательство предусмотренное договором, было выполнено ранее. Есть основания полагать, что правилом о переносе риска неисполнения обязанности третьим лицом на выгодоприобретателя следует руководствоваться и при всех других вариантах заключения договора в пользу третьего лица.

Третий из поставленных вопросов урегулирован в п. 4 ст. 430 ГК. Он сводится к признанию того, что при отказе третьего лица от своего права сторона-кредитор может им воспользоваться. Исключение

составляют случаи когда соответствующее последствие противоречит закону, иным правовым актам или договору. Такого рода ограничение связано главным образом с указанными выше договорами, имеющими в виду права, которые заведомо могут принадлежать только третьим лицам, и соответственно их носителем сама сторона, являющаяся кредитором в договоре, не выступает. За этими пределами используется структура договоров, которые в одних случаях представляют собой обычный договор, т.е. договор, заключенный в интересах стороны, а в других являются договорами в пользу третьего лица (Так, в силу п. 1 ст. 596 ГК гражданин может передать имущество под выплату ренты либо ему самому в течение его собственной жизни, либо на период жизни другого лица, например супруга).

ГК (п. 3 ст. 430) предоставляет должнику право выдвигать против требований третьего лица все те возражения, которые он мог бы выдвинуть против кредитора. Так, например, при заключении договора поставки в пользу третьего лица – получателя поставщик в споре с этим последним о нарушении ассортимента поставляемых товаров может ссылаться на то, что договором сторон было предусмотрено его право производить замену определенных позиций в ассортименте подлежащих поставке товаров.

Право третьего лица воспользоваться предоставленной ему возможностью. если иное не вытекает из характера связи между участниками обязательства, способно переходить к правопреемникам третьего лица. Так, например, при оплате путем выставления аккредитива соответствующее право принадлежит правопреемникам того, чьи товары, услуги и работы подлежат оплате. Подобным образом в случае, когда умирает лицо, в пользу которого внесен вклад, и каких-либо дополнительных условий по этому поводу в договоре нет, у наследников возникает право приобрести этот вклад. А если лицо уже успело выразить желание принять его (например, сняв какую-то часть денег со счета), то соответствующая часть входит в состав наследственной массы. Указанный принцип распространяется и на

договоры перевозки (имеется в виду переход прав от первоначального грузополучателя к правопреемнику этого последнего).

Проект книги пятой Гражданского Уложения России допускал возможность заключения в пользу третьего лица договора, по которому стороны могут изменять и отменять его даже после того, как третье лицо выразит согласие присоединиться к договору (ст. 555 Проекта). Однако такого рода порядок, делающий весьма неопределенным правовое положение обоих контрагентов и самого третьего лица, вряд ли мог бы получить распространение на практике.

Особого рассмотрения заслуживают случаи возложения исполнения обязательства на третье лицо. В этой связи возникает ряд вопросов, и среди них, в частности, когда можно возложить исполнение на третье лицо и какие последствия это влечет?

Ответ на первый вопрос содержится прежде всего в п. 1 ст. 313 ГК. Он позволяет сделать вывод, что возможность привлечь третье лицо к исполнению чужого обязательства – это общее правило, а недопустимость такого привлечения, означающего непременно личное исполнение, – исключение из правила. Последнее должно быть непременно предусмотрено законом, иным правовым актом, условиями или существом обязательства, в том числе условиями и существом договора, породившего обязательство.

Как исключение, так и правило включены в общие положения об обязательствах, а также в

регулирующие отдельные типы договоров нормы. Примером может служить гл. 38 ГК, которая содержит статьи о договорах на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ. Применительно к первому из этих договоров – на выполнение научно-исследовательских работ – п. 1 ст. 770 ГК предусмотрел необходимость личного исполнения обязательства. Соответственно привлечение к исполнению третьего лица допустимо лишь с согласия заказчика. Напротив, в отношении второго и третьего договоров (на выполнение опытно-конструкторских и на выполнение технологических работ) установлено, что поручать исполнение третьему лицу можно всегда, если только иное не указано в договоре (п. 2 ст. 770 ГК).

Презумпция в пользу возможности возложения исполнения на третье лицо особо закреплена в ГК для обязательства транспортного экспедитора (ст. 805 ГК). Прямо противоположная презумпция – в пользу недопустимости передачи исполнения третьему лицу – действует в договоре хранения:

хранитель вправе передать поклажу и тем самым исполнение своего обязательства третьему лицу лишь при наличии согласия на то поклажедателя. Исключение допускается только в случаях, когда налицо одновременно три условия: хранитель вынужден поступить подобным образом силою обстоятельств (1), в интересах поклажедателя (2), не имея возможности получить

согласие последнего (3). Существование всех перечисленных условий в совокупности должен доказать хранитель (ст. 894 ГК).

Возможность возложить исполнение обязательства, в том числе и возникающего из договора, на третье лицо означает, что сторона вправе выбрать один из двух вариантов: сама исполнить обязательство или передать его исполнение третьему лицу. Это и вызвало появление соответствующих новелл в ГК. Кодекс 1964 г. (ч. 1 ст. 171) допускал возложение исполнения обязательства полностью или частично на третье лицо только при условии, если это предусмотрено установленными правилами, а равно если третье лицо связано с одной из сторон административной подчиненностью или возможность передачи предусмотрена соответствующим договором. ;

Основы гражданского законодательства 1991 г. (п. 1 ст. 62) включили в аналогичное правило определенное ограничение. Передача исполнения обязательства должником признавалась возможной лишь для случаев, когда это предусмотрено законодательством или договором, а равно если третье лицо связано с одной из сторон соответствующим договором. Такое основание как административное подчинение к тому времени в связи с состоявшимися и намечавшимися изменениями в структуре управления экономикой страны утратило значение.

Нетрудно заметить, что и ГК 64, и Основы гражданского законодательства 1991 г. при включении перечисленных оснований возложения исполнения обязательства на третье лицо ссылались на договор, имея на самом деле в виду два договора: один, связывающий кредитора с должником, а другой – должника с третьим лицом. Тем самым явно смешивались основания возникновения у должника двух различных по характеру прав: одного – требовать от третьего лица исполнения обязательства именно кредитору и второго – требовать от кредитора принятия исполненного третьим лицом. Последнему праву соответствовала обязанность кредитора принять такое исполнение. Этой обязанности была посвящена в той же статье еще и другая норма – п. 2 ст. 52 Основ (ч, 2 ст. 171 Кодекса 1964 г.). Таким образом, оказывалось, что один и тот же вопрос был урегулирован дважды, при этом соответствующие нормы не вполне совпадали.

Статья 313 ГК теперь устранила отмеченный недостаток. Она вынесла за свои пределы весь вопрос об

основаниях возложения исполнения обязательства на третье лицо, как и в целом – об отношениях третьего лица с должником. В соответствующей норме ГК речь идет только о том, когда:

именно должник имеет право передать исполнение обязательства третьему лицу, а кредитор обязан такое исполнение принять: всегда, если иное не предусмотрено в законе, в другом правовом акте, в условиях обязательства или не вытекает из его существа.

При сравнении норм об исполнении третьим лицом обязательств, включенных в ГК, с одной стороны, и в ранее действовавшие аналогичные акты – с другой, обращает на себя внимание и то, что Кодекс 1964 г., а равно Основы гражданского законодательства 1991 г. подразумевали возложение на третье лицо исполнения только договорного обязательства. В отличие от этого в ГК (п. 1 ст. 313) идет речь уже об исполнении третьими лицами любого обязательства, независимо от оснований его возникновения. Имеется в виду обязательство вследствие, например, причинения вреда или неосновательного обогащения.

Наконец, еще одна из особенностей ГК состоит в том, что обязанность личного исполнения должником теперь не зависит от того, кто выступает в этой роли (гражданин или юридическое лицо). В отличие от этого ст. 171 ГК 64, говоря о личном исполнении, упоминала только граждан,

По самой своей сущности п. 1 ст. 313 ГК установлен исключительно в интересах должника. Вместе с тем Кодекс впервые ввел норму, которая решает тот же вопрос – об исполнении обязательства третьим лицом с позиций защиты интересов этого последнего. Речь идет о предоставленной п. 2 ст. 313 ГК возможности для третьего лица, подвергшегося опасности утратить свое право на имущество должника вследствие обращения на него кредитором взыскания, удовлетворить требование кредитора собственной волей и за свой счет.

Специальный по отношению к предусмотренному в п. 2 ст. 313 ГК случай составляет ситуация, связанная с залогом. ГК, защищая интересы* залогодателя, не являющегося должником, предоставляет залогодателю -третьему лицу применительно к договору, связывающему залогодержателя -кредитора с должником, право исполнить обеспеченное залогом обязательство полностью или в просроченной части (п. 7 ст. 350 ГК). Интерес третьего лица состоит в данном случае в том, что оно готово исполнить чужое обеспеченное залогом обязательство для того, чтобы избежать обращения взыскания на принадлежащее должнику заложенное имущество.

При сравнении указанной ст. 313 ГК со ст. 387 ГК обращает на себя внимание то, что в первой выделен переход принадлежащего должнику права аренды и залога, в то время как в ст. 387 ГК, посвященной переходу прав кредитора к другому лицу на основании закона и наступления указанных в нем обстоятельств, специально упомянуто исполнение обязательства должника его поручителем или залогодателем. Однако приведенное различие не имеет значения, поскольку и в той и в другой статье залог и аренда, а также соответственно залог и поручительство приведены лишь в качестве примера перехода прав, связанных с исполнением обязанностей третьим лицом.

Последствием исполнения чужого долга в рассматриваемом случае служит переход к третьему лицу прав кредитора. Тем самым складывается

ситуация, которая регулируется посвященными такому переходу отдельными статьями главы 24 ГК «Перемена лиц в обязательстве» (ст. 382-390 ГК).

Пункт 2 ст. 313 ГК оставляет открытым вопрос о том, вправе ли кредитор отказаться принять

исполнение от третьего лица, действующего вопреки возражениям должника. Указанный пробел восполняется п. 1 той же статьи. Положение кредитора не может зависеть от того, каковы основания действий третьего лица. Поскольку и в первом и во втором пунктах статьи речь идет об исполнении обязательства вместо должника третьим лицом, интересам последнего в п. 1 ст. 313 ГК и третьего лица – в п. 2 ст. 313 ГК могут противостоять интересы кредитора к личному исполнению обязательства должником. А это дает основания, используя метод распространительного толкования к п. I указанной статьи, признать, что и в ситуации, предусмотренной п. 2 ст. 313 ГК, при отсутствии согласия должника кредитор может отказаться принять исполнение от третьего лица и требовать личного исполнения обязательства должником только в трех случаях: когда такая возможность предусмотрена в законе или ином правовом акте (1), условиями обязательства (2) или его существом (3). Последнее имеет место, если в силу тех или иных причин личность исполнителя наряду с характером действий должника индивидуализируют предмет обязательства.

В ситуациях, предусмотренных п. 2 ст. 313 ГК, действия третьего лица прекращают обязательство должника перед кредитором лишь при условии, если они представляют собой надлежащее исполнение (п. 1 ст. 408 ГК). В противном случае кредитор вправе такое исполнение от третьего лица не принять, и соответственно обязательство должника сохранит свою силу.

Если кредитор принял исполнение от действующего в своем интересе и за свой счет третьего лица, но в дальнейшем обнаружит, что исполнение являлось ненадлежащим, то в зависимости от обстоятельств ответственность перед ним понесут либо должник, либо третье лицо.

Последствиям действий третьего лица, на которое возлагается исполнение обязательства самим должником, посвящена ст. 403 ГК. Она предусматривает, что тогда ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьим лицом несет должник. Это относится, например, к случаям, когда поставщик (продавец) возлагает на связанного с ним договорными отношениями изготовителя товаров обязанность отгружать произведенную продукцию непосредственно покупателю. То обстоятельство, что контрагенты (кредитор и должник) при исполнении обязательства третьими лицами сохраняют обязательственную связь между собой, подчеркнуто в ряде специальных норм применительно к отдельным видам договоров. Одна из них помещена в абзаце 2 ст. 805 ГК; возложение исполнения на третье лицо не освобождает экспедитора от ответственности "бред клиентом за исполнение договора,

Оба пункта ст. 313 ГК посвящены коллизии интересов определенных лиц. При этом их круг, обозначенный в каждом из пунктов, не совпадает: в п. 1 имеются в виду коллизии интересов кредитора, с одной стороны, и должника вместе с третьим лицом " с другой, а в п. 2 – коллизии интересов должника и третьего лица.

В отличие от ст. 171 Гражданского кодекса 1964г., которая предусматривала необходимость для кредитора принимать исполнение от третьего лица только в случаях, когда из закона, договора или существа обязательства не вытекала обязанность именно гражданина исполнить обязательство лично, ст. 313 ГК указанного ограничения не содержит. Однако отмеченное различие носит в значительной мере юридико-технический характер. Большого практического значения оно не имеет, поскольку личное исполнение все же важно главным образом в случаях, когда должником выступает гражданин, хотя личный характер для исполнения обязательства юридическим лицом также может оказаться важным (примером может служить п. 1 ст. 770 ГК, презгомирующий обязанность личного исполнения договора на выполнение научно-исследовательских работ исполнителем лично).

Предусмотренная ст. 313 ГК ситуация происходит, например, в случаях, когда генеральный подрядчик возлагает исполнение своих обязанностей перед заказчиком на субподрядчика (выполнить определенную часть работы) или таких же своих обязанностей перед субподрядчиком – на заказчика (оплатить стоимость выполненных работ). Возникающие при этом вопросы урегулированы в п. 3 ст. 706 ГК.

Ответственность за действия третьего лица строится на тех же принципах, что и за действия самого должника. Имеется в виду, что кредитор не должен проиграть от замены исполнителя. Такого рода цель окажется достигнутой при условии, если должник будет нести ответственность за действия третьего лица, как за свои собственные.

Это относится к случаям не только расширения, но и сужения ответственности должника, когда объектом защиты служат уже интересы самого третьего лица. Так, например, при утрате, недостаче или повреждении принятых на хранение вещей после того, как наступила обязанность поклажедателя взять их обратно, его ответственность наступает лишь при наличии умысла или грубой небрежности (п. 2 ст. 901 ГК). Это означает, что в указанных пределах простирается ответственность хранителя, передавшего вещь на хранение другому лицу, за выбор этого последнего, а равно в тех же пределах (умысел и грубая небрежность) должна производиться оценка действий самого третьего лица.

В ст. 403 ГК («Ответственность должника за действия третьих лиц») отсутствует указанная формула ответственности. Она существует лишь в

отдельных статьях, например в п. 2 ст. 1021 ГК, который устанавливает, что доверительный управляющий отвечает за действия избранного им поверенного как за свои собственные. Точно так же хранитель, передавший полученные от поклажедателя вещи третьему лицу, несет ответственность за его действия, как за свои собственные (ст. 895 ГК).

В условиях, когда законодатель установил различные основания ответственности должника (в виде общего принципа – только за вину, а как исключение – в случаях, когда исполнение связано с предпринимательской деятельностью должника, – до пределов непреодолимой силы), указанный принцип должен быть генерализирован. Применительно к случаям повышенной ответственности стороны это означает для последнего необходимость для своего освобождения от нее доказать, что ни он, ни третье лицо не могли совершить соответствующие действия из-за обстоятельств, которые следует отнести к непреодолимой силе. Напротив, если исполнение не укладывается в рамки предпринимательской деятельности и по этой причине ответственность строится на принципе вины, для освобождения себя от ответственности стороне достаточно доказать отсутствие вины как ее самой, так и третьего лица.

Как отмечала в свое время Е.Н. Данилова «из того положения, что должник отвечает за вину фактических исполнителей, как за свою собственную, вытекает, что если он по данному договору сам должен отвечать за всякую вину, то он отвечает и за всякую вину помощника. Если же он отвечает сам только за грубую вину, то он отвечает только за такую же вину и помощника»'.

Во всех случаях, когда сторона передает исполнение обязательства третьему лицу, несмотря на существующий в законе или договоре запрет на такую передачу, она принимает риск действий последнего на себя. Это обстоятельство приобретает особое значение в случаях, когда ответственность должника строится на началах вины. Имеется в виду, что самый факт неправомерной

передачи исполнения третьему лицу дает основания сделать вывод о вине стороны в нарушении обязательства. В некоторых случаях ГК возвращается к старому принципу culpa in eligendo. Так, арендодатель отвечает за выбор продавца перед арендатором при финансовом лизинге (п. 2 ст. 670 ГК), а комиссионер – за выбор третьего лица перед комитентом (п. I ст. 993 ГК).

Статья 403 ГК допускает возможность возложения законом на третье лицо, привлеченное должником к исполнению обязательств, непосредственной ответственности перед кредитором. При этом редакция указанной статьи на первый взгляд позволяет сделать вывод, будто ответственность должника за действия третьего лица и непосредственная ответственность

Данилова Е.Н. Указ. соч. С. 21.

исполнителя исключают одна другую. А значит, во всех случаях перед кредитором несет ответственность либо должник, либо третье лицо. И следовательно, предусмотренное законом возложение ответственности перед Кредитором на третье лицо снимает вопрос об ответственности самого должника. Однако такой вывод был бы возможен, если бы речь шла о переводе долга. Между тем именно эту ситуацию, предусмотренную ст. 391 и 392 ГК, явно не имеет в виду ст. 403 ГК, хотя бы потому, что режим возложения исполнения обязательства на третье лицо существенно отличен от перевода долга. Таким образом, при передаче исполнения должником третьему лицу, на которого возлагается непосредственная ответственность перед кредитором, у последнего, выступающего в качестве стороны по договору, появляются два должника: контрагент по договору и исполнитель. И тогда у кредитора возникает право выбора между ними. Естественно, что исполнение одним из них влечет за собой прекращение договорного обязательства.

Утверждаемые неоднократно Правительством СССР Положение о поставках продукции производственно-технического назначения и Положение о поставках товаров народного потребления традиционно содержали большое количество вариантов возложения ответственности на третье лицо, участвовавшее в разном качестве в исполнении обязательства поставки. . Однако теперь в ГК в главе о договоре поставки таких норм практически нет. Зато они появились в главе о подряде. Из п. 3 ст. 706 ГК вытекает допустимость установления в законе или договоре возможности предъявления требований друг другу заказчиком и субподрядчиком непосредственно. Имеется в виду, что заказчик выступает в роли третьего лица по отношению к обязательствам генерального подрядчика в договоре субподряда, а субподрядчик-такого же третьего лица в договоре генерального подряда.

Из ст. 308 ГК вытекает, что при отсутствии на этот счет специального указания в законе допустимо включение в договор условия, предусматривающего непосредственную ответственность третьего лица по обоим договорам – генерального подряда и субподряда. При этом варианте можно считать, что и у заказчика, и у генерального подрядчика возникли соответствующие обязательства в силу выраженной каждым из них воли в том договоре. в котором они выступают в качестве стороны.

Непосредственная ответственность широко применяется в системе расчетных отношений. Так, в частности, при нарушении условий аккредитива ответственность перед плательщиком несет его контрагент по договору банковского счета, т.е. банк-эмитент, а перед этим последним – связанный с ним договором банк-исполнитель, который обслуживает поставщика (лицо, выполняющее работу или оказывающее услуги). Притом п. 2 ст. 872 ГК предусматривает возможность возложения на исполняющий банк – в

случае необоснованного отказа в выплате средств по покрытому или подтвержденному аккредитиву,

непосредственной ответственности перед получателем.

Точно так же допускается наступление непосредственной ответственности банка – исполнителя, нарушившего правила совершения расчетных операций, перед банком, которому было передано клиентом платежное поручение (п. 2 ст. 866 ГК). Оба последних случая все же не укладываются в рамки ст. 403 ГК. В данной ситуации непосредственная ответственность наступает в силу судебного решения. При этом соответствующее решение суд, что важно подчеркнуть, только может принять. Следовательно, непосредственное обязательство третьего лица по отношению к потерпевшей стороне в договоре до судебного решения не возникает: его своим решением создает суд. Отмеченная особенность непосредственной ответственности оказывает влияние на процессуальную природу соответствующих требований: вместо иска о присуждении здесь используется иск о преобразовании.

Определенной спецификой обладает решение вопроса о непосредственной ответственности третьего лица применительно к отношениям по финансовому лизингу. Пункт 1 ст. 670 ГК допускает предъявление арендатором иска, связанного с ненадлежащим исполнением договора купли-продажи, заключенного между арендодателем и третьим лицом, как к своему контрагенту – арендодателю, так и непосредственно к продавцу. Арендодатель и третье лицо несут ответственность подобно тому, как это имеет место, когда речь идет о едином, нераздельном предмете обязательства, т.е. солидарно. И несмотря на то, что все же оба обязательства построены на различных основаниях; арендодатель отвечает за нарушение договора аренды, а ответственность изготовителя вызвана неисполнением или ненадлежащим исполнением договора купли-продажи, заключенного арендодателем, который выступает в роли изготовителя.

Наконец, возможен еще один вариант, при котором должник несет субсидиарную ответственность за действия третьего лица. Именно об этой ответственности в понимании смысла и значения действий, которые придает им ст. 399 ГК («Субсидиарная ответственность»), идет речь в п. 4 ст. 1029 ГК, устанавливающем такого рода ответственность пользователя за вред, причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей.

Очевидно, что такая же по характеру ответственность имеется в виду при принятии комиссионером ручательства за исполнение сделки третьим лицом. При этом, на наш взгляд, подобное ручательство (делькредере) есть

еще один, не предусмотренный в установленном в ст. 329 ГК перечне, но не противоречащий указанным в нем способ обеспечения обязательств'.

Схема действий третьего лица в качестве пособника сводится к следующему: оно исполняет свое обязательство в основном договоре перед должником, а этот последний, в свою очередь, передает полученное собственному контрагенту. Так, например, обувная фабрика поставляет обувь оптовой фирме, а та, получив товар, отправляет его торгующему обувью магазину. Участие пособника может принимать и такой вид: моторный завод поставляет моторы автомобильному заводу, а тот использует их при производстве автомашин, поставляемых магазинам.

Принципиальное отличие рассматриваемой модели от исполнения обязательства третьим лицом состоит в том, что в последнем случае третье лицо передает исполнение целиком или частично непосредственно кредитору основного договора2.

Модель с участием пособника так же, как отношения с участием третьего лица – исполнителя, широко используется при субконтрагентских отношениях. Так, в случаях, когда субпоставщик

поставляет товары непосредственно покупателю, имеется в виду договор об исполнении третьему лицу, но если поставка производится вначале субпоставщиком поставщику, а затем поставщиком покупателю, – налицо участие пособника. Аналогичные ситуации могут складываться в договорах подряда с участием субподрядчика, аренды – с участием субарендатора (поднанимателя), энергоснабжения – с участием субабонента и др.

В ситуациях с пособником нет места для непосредственной ответственности третьего лица. Здесь все сводится исключительно к цепочке ответственности, при которой каждый участник отвечает только перед тем, кто является его контрагентом.

По общему правилу в указанных случаях руководствуются п. 3 ст. 401 ГК, который устанавливает повышенную ответственность за исполнение

'Течь идет о способе, сходном с поручительством, но отличающемся от последнего тем, что презумпция в пользу солидарной ответственности, закрепленная в ст, 363 ГК, здесь не действует. Возможность использования какого-либо способа обеспечения обязательств сверх шести, указанных в перечне, который содержится в ст. 329 ГК (неустойка, залог, удержание, поручительство, банковская гарантия, задаток), допускается последней нормой.

2 Эти договоры близки по своей природе выделенным в законодательстве ряда стран договорам «с обеспечением действий третьего лица» (см.: Май К.И. Указ. соч. С. 53 и ел.). Отличие состоит главным образом в том, что при этих последних контрагент, возложив исполнение на третье лицо, обязуется в случае, если тот не исполнит обязательство, сделать это самому, в то время как при привлечении пособников контрагент принимает на себя обязанность совершить соответствующее действие самому.

обязательства, связанного с предпринимательской деятельностью должника – вплоть до действия непреодолимой силы. Важно подчеркнуть, что, если в договоре с привлечением третьего лица – исполнителя должник освобождается от ответственности при отсутствии в действиях исполнителя вины а в договорах с участием предпринимателя – при непреодолимой силе явившейся причиной нарушения обязательства, то в договоре с участием пособника ничто относящееся к сфере этого последнего не может приниматься во внимание судом. Приведенный вывод следует из содержащегося в п.3 ст. 401 ГК указания на то, что нарушение обязанностей контрагентом должника как таковое не может рассматриваться в качестве непреодолимой силы – единственного (если не считать вины кредитора) обстоятельства, освобождающего от ответственности, носящей повышенный характер.

Исполнение договора третьему лицу может стать предметом специального договора. Этот последний, как уже отмечалось, не должен смешиваться с договором в пользу третьего лица. Одно из различий между ними состоит в том, что по договору об исполнении третьему лицу обязательство продолжает связывать контрагентов и требование к соответствующей стороне по общему правилу может заявлять только один из них другому. В то же время по договору в пользу третьего лица такое требование может заявить именно последнее.

Смысл данной конструкции состоит в том, что должник по указанию кредитора обязан исполнить обязательство третьему лицу. При этом кредитор и должники сохраняют свои позиции и соответственно исполнение обязательства третьему лицу рассматривается как исполнение самому кредитору. Таким образом, и содержание договорного правоотношения, и его субъектный состав

остаются неизменными. Соответственно права и обязанности, порожденные действиями такого третьего лица, возникают у контрагентов по отношению друг к другу. Примером могут служить так называемые транзитные поставки, при которых покупатель выдает поставщику разнарядку на отгрузку продукции непосредственно третьим лицам и получателям'. Аналогичный случай имеет место, когда генеральный подрядчик возлагает на своего контрагента – субподрядчика – исполнение обязательства непосредственно заказчику.

Ситуация, складывающаяся при исполнении обязательства третьим лицом, не выделена в Кодексе особо. Однако есть основания признать, что кредитор должен нести все последствия действий указанного им третьего лица. Речь обычно идет о невыполнении «кредиторских обязанностей», предусмотренных в ст. 406 ГК в виде неосновательного отказа указанного

м.. Брагинский М.И. Структура договорных связей и ответственность сторон при поставках транзитом. М.: ВЮЗИ, 1960.

кредитором третьего лица от принятия предложенного должником надлежащего исполнения или совершения других, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором либо вытекающих из обычаев делового оборота или существа обязательства действий, до совершения которых должник не мог исполнить своей обязанности.

Применение соответствующей ситуации по аналогии со ст. 403 ГК позволяет сделать вывод не только об ответственности кредитора за действия избранного им третьего лица, но и о случаях, когда в силу определенного указания в законе третье лицо само несет ответственность перед стороной в договоре, занимая позицию должника в соответствующем обязательстве. В качестве примера можно обратиться к новелле, содержащейся в п. 3 ст. 706 ГК, которая, установив в виде общего правила, что заказчик и субподрядчик не могут передавать друг другу требования, связанные с нарушением договора, вместе с тем допускают «иное» в случаях, предусмотренных законом или договором. Это «иное» охватывает и возможность наступления ответственности заказчика перед субподрядчиком, которому генеральный подрядчик дал указание передать исполнение непосредственно заказчику.

Технике исполнения обязательства, при котором на третье лицо возлагается принятие исполнения, посвящена ст. 312 ГК. Она предоставляет должнику право при исполнении обязательства в случаях, когда иное не предусмотрено соглашением сторон и не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства, потребовать доказательств того. что исполнение принимается управомоченным кредитором лицом.

Проверка наличия у лица, принимающего исполнение, соответствующих полномочий составляет не только право, но и обязанность контрагента. Ее нарушение влечет за собой возложение на сторону риска, связанного с тем, что лицо, которому передается исполнение, окажется ненадлежащим. Специальный случай наделения третьего лица полномочиями по принятию исполнения предусмотрен п. 2 ст. 499 ГК. Из соответствующей нормы вытекает, что продавец считается исполнившим обязательство, если он вручает исполнение либо покупателю, либо любому лицу, предъявившему квитанцию или иной документ, свидетельствующий о заключении договора или об оформлении доставки товаров. Указанный способ исполнения исключается только в случае, когда на этот счет есть прямое указание в законе или в ином правовом акте, договоре либо не вытекает из существа обязательства.

Последний случай выступления третьего лица по отношению к сторонам в договоре составляет

эвикция.

Эвикция относится к ситуациям, при которых из действий третьего лица возникают определенные последствия для взаимоотношений сторон. В данном случае речь идет о том, что удовлетворение требований третьего

лица порождает определенные обязанности у стороны перед ее контрагентом. Имеется в виду, что при отсуждении вещи у покупателя у продавца возникает обязанность возместить покупателю причиненные этим убытки.

Эвикции посвящены ст. 461 и 462 ГК, которые, по существу, следуют принципам, заложенным в ст. 240 ГК. В том и другом случае речь идет о необходимости привлечения к участию в деле об отобрании имущества у покупателя и соответственно участия привлеченного продавца под страхом утраты права доказывать впоследствии неправильность ведения дела покупателем. Соответствующим нормам придан императивный характер. Специально предусмотрена недействительность соглашения сторон об освобождении продавца от ответственности в случае изъятия приобретенного товара у покупателя третьими лицами, а равно об ограничении такой ответственности.

Эвикция защищает интересы покупателя, но непременно действующего правомерно. По этой причине покупатель, который знал или должен был знать в момент приобретения товара о наличии у третьего лица оснований для заявления соответствующих требований, не может воспользоваться нормами, регулирующими эвикцию.

Хотя эвикция и помещена в главу о купле-продаже, соответствующие правила могут применяться по аналогии при любом договоре, на основе которого приобретена отчуждаемая вещь например, при подряде, если требование об отобрании вещи будет заявлено заказчику тем, кто предоставил материалы для изготовления вещи и по этой причине должен быть признан ее собственником в силу ст. 219 ГК,

6. КЛАССИФИКАЦИЯ ДОГОВОРОВ

Классификация любого понятия предполагает его разделение. Такое разделение может быть произведено двумя способами. Первый составляет дихотомию, или иначе «деление надвое»'. С ее помощью, используя последовательно определенное основание (критерий), делят понятие на две группы, из которых одну характеризует наличие этого основания, а другую -его отсутствие. Подобное деление может быть применительно к одному и тому же понятию проведено многократно при условии, что каждый раз используется другое основание.

При втором способе с помощью определенных оснований создается в принципе неограниченное число групп. В каждой из них указанные основания соответствующим образом индивидуализируются.

Примером первого способа классификации служит деление людей на мужчин и женщин, белых и черных, а второго – такое же деление людей,

с^-'. Асмус В.Ф. Логика. М,; Госполитиздат, 1947, С, 65.

но уже по признаку государственной принадлежности, нации, вероисповедания и т.п.

Дихотомия применительно к договорам имеет двоякое значение. Соответствующее деление помогает

выявить главные особенности отдельных договоров, но одновременно и пути формирования новых договоров.

Наиболее значимой для классификации гражданско-правовых договоров является дихотомия, которая опирается на одно из трех оснований. Имеются в виду: распределение обязанностей между сторонами (1), наличие встречного удовлетворения (2), момент возникновения договора (3). Использование указанных оснований позволяет выделить соответственно три пары договоров; односторонние и двусторонние (1), возмездные и безвозмездные (2), а также реальные и консенсуальные (3).

Двусторонними признаются договоры, в которых каждая из сторон имеет и права, и обязанности, а односторонними – договоры, в которых у одной из сторон есть только права, а у другой – только обязанности.

К возмездным относят договоры, которые предполагают получение каждой из сторон от ее контрагента определенной компенсации, ради которой заключается договор. Безвозмездными являются договоры, не предполагающие такой компенсации.

Консенсуальными считают договоры, вступающие в силу с момента достижения сторонами согласия, а реальными – договоры, которые признаются заключенными с момента, когда на основе соглашения осуществлена передача стороной контрагенту определенного имущества'.

Специфика предмета гражданско-правового регулирования предопределила то, что большинство охватываемых этой отраслью договоров является двусторонними, возмездными и консенсуальными.

Из числа выделенных в ГК типов договоров к односторонним относятся главным образом договоры поручения, дарения, займа, к безвозмездным – договоры безвозмездного пользования и дарения, к реальным – договоры займа, доверительного управления имуществом, хранения, перевозки грузов.

Приведенное деление не всегда достаточно устойчиво и однозначно. Так, в виде исключения одни и те же по названию договоры могут при оп-

' Примером широкого понимания «имущества» применительно к характеристике договора как реального может служить «доверительное управление». Его реальный характер выражается в необходимости передать в управление предварительно различного рода объекты, включая, наряду с недвижимостью, самые разнообразные права (ст. 1013 ГК). Не случайно в свое время В. Голевинский полагал, что применительно к понятию «реальный договор» следует из всего многообразного значения слова res выбрать не вещь, а действие (Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872. С. 39.).

ределенных условиях оказаться в разных группах. Это означает, что под единым наименованием выступают неодинаковые договоры. Так, хранение, заем и поручение могут быть в зависимости от достигнутого сторонами соглашения как возмездным, так и безвозмездным договором, а дарение, финансирование под уступку требований, безвозмездное пользование, хранение – как реальным, так и консенсуальным договором. Точно так же поручение – в принципе односторонний и безвозмездный договор – может в случае, указанном в ст. 975 ГК, оказаться двусторонним, а иногда и возмездным. Тогда, доверитель обязан не только возместить поверенному издержки и обеспечить поверенного средствами, но также выплатить в предусмотренном договором порядке и размере, вознаграждение.

Дихотомическое деление применительно к каждому из указанных трех оснований предопределяет различные особенности правового режима договоров, отнесенных к той или иной группе.

Обязательства контрагентов в двустороннем договоре взаимны. С этим связана прежде всего единая судьба соответствующих обязательств. Например, если проданная покупателю индивидуально определенная вещь до ее передачи погибла вследствие непреодолимой силы (бури, урагана, пожара и т.п. обстоятельств, подпадающих под признаки «чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях), то обязательство продавца в силу п. 1 ст. 41 б ГК прекращается. И одновременно с ним прекращается обязательство покупателя принять и оплатить стоимость соответствующей вещи. Точно так же, если постановлением Правительства РФ запрещены к вывозу за границу определенные товары, составляющие предмет внешнеторгового контракта, недействительным признается весь контракт, а тем самым обязательства и того и другого контрагента.

Деление договоров на односторонние и двусторонние определенным образом связано со ст. 328 ГК, посвященной встречному исполнению. Указанная статья заменила собой ст. 177 ГК 64 («Исполнение взаимных обязанностей по договору»). Эта последняя предусматривала, что взаимные обязанности по договору должны исполняться одновременно, если из закона, договора, из существа обязательства не вытекает иного. Авторы комментария к этой статье единодушно ставили знак равенства между делением договоров на взаимные и не являющиеся таковыми, с одной стороны, а также на одно- и двусторонние – с другой. Так, О.С. Иоффе подчеркивал, что «взаимными называются обязательства, каждый участник которых является кредитором и должником одновременно. Им могут быть противопоставлены односторонние обязательства, в которых одно лицо выступает только как кредитор, другое – только как должник»1. Так же считает и Н.Д. Егоров: «Под взаимными понимаются обязанности, возникающие од-

Комментарий к ГК РСФСР / Под ред. Е.А. Флейшиц и О.С. Иоффе. М., 1970. С. 265.

повременно у сторон одного и того же обязательства. Они имеют место только во взаимных обязательствах, в которых каждый из участников одновременно наделен правами и несет обязанности»'- Из приведенной нормы О.С. Иоффе был сделан вывод, что «каждая из сторон вправе задержать причитающиеся с нее исполнение вплоть до момента, когда исполнение будет предложено другой стороной»2. Следовательно, взаимность определенным образом связывали с двусторонностью. Действующий Гражданский кодекс заменил признак «взаимности» «встречностью». Этот последний признак является более удачным, ибо совпадение во времени исполнения обеими сторонами на практике вообще встречается крайне редко. Едва ли не единственными являются случаи оплаты товаров, работ и услуг в магазине. Смысл «встречности», как справедливо подчеркивает В.В- Витрян-ский, состоит в том, что имеется в виду «такое исполнение, которое должно производиться одной из сторон лишь после того, когда другая сторона исполнила свое обязательство»3. Таким образом, действующий Гражданский кодекс, заменив признак «взаимности» «встречностью», сохранил в своей основе содержание соответствующего понятия4.

' Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся и О.Н. Са-дикова. С. 266.

2 Иоффе О. С. Там же.

3 Комментарий части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М., 1996. С. 282. С этой точки зрения интерес представляет дело, возникшее в связи с неоплатой АОЗТ госплемзаводу стоимости поставленного молока и пени за несвоевременную оплату. Арбитражный суд, сославшись на встречный характер обязательств сторон (поставить и оплатить), удовлетворил иск только в части, относящейся к основной сумме долга. Президиум Высшего

Арбитражного Суда Российской Федерации счел неправильным применение ст. 328 ГК, указав на то, что встречными можно было бы считать соответствующие обязательства только при условии, что предполагалась предоплата. Имеется в виду, что обязанности поставить противостояла обязанность заранее оплатить (см.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1997. № 4. С. 53-54),

4 Взаимность выделялась в составе двусторонних договоров, в частности, в: Советское гражданское право: Учебник / Под. ред. Я.А. Куника и В.А. Язева. М.: Юрид. лит., 1978. С. 145.

Все же более распространенной до последнего времени была точка зрения, в силу которой двухсторонние и взаимные договоры отождествлялись (см., например:

Советское гражданское право / Под ред. А.А. Пушкина. Вища школа, 1977. С. 394;

Советское гражданское право / Под ред. Ю.Х. Калмыкова и В. А. Тархова. М., 1985. С.456),

Одним из немногих, кто связывал взаимность с делением договоров на возмезд-ные и безвозмездные, был С.И. Вильнянский (Випьнянский С.И. Указ. соч. С. 309). Такую же позицию занимает О.Н. Садиков (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М.: Юринформ, 1995. С. 342).

Условия действия ст. 328 ГК выделены в ее п. 1. Он признает встречным исполнение обязательства одной из сторон, которое в соответствии с договором обусловлено исполнением своих обязательств другой стороной.

Рамки указанной статьи охватывают и ситуации, которые включались в ст. 177 ГК 64, а еще ранее – в ст. 139 ГК 22: в'двустороннем договоре каждая из сторон вправе отказывать другой в удовлетворении до получения встречного удовлетворения, если из закона, договора или существа правоотношения не следует обязанность одной стороны исполнить свое обязательство раньше другой. Указанный общий принцип детализируется четырьмя нормами ст. 328 ГК;

а) при непредоставлении обязанным контрагентом обусловленного договором исполнения обязательства либо при наличии обстоятельств, которые очевидно свидетельствуют о том, что исполнение не будет предоставлено в установленный срок, стороне дается право приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения, потребовав возмещения убытков (п. 2);

б) при частичном неисполнении (исполнении не в полном объеме) сторона, обязанная предоставить встречное удовлетворение, может приостановить исполнение либо отказаться от исполнения только в части, которая соответствует тому, что не было предоставлено (п. 2);

в) последствия, указанные в п. 2, наступают также при условии, если самое нарушение еще не произошло, но налицо обстоятельства, которые, очевидно, свидетельствуют о том, что исполнение не будет предоставлено в установленный срок (п. 2);

г) если встречное исполнение все же было произведено, то сторона, которая поступила подобным образом (исполнила обязательство, несмотря на допущенное контрагентом нарушение), сохраняет право требовав встречного исполнения (п. 3).

Приведенные нормы ст. 328 действуют, если законом или договором не предусмотрено иное (п. 4 ст. 328 ГК), -

Типичный случай применения ст. 328 ГК содержится в п. 1 ст. 719 ГК, которая предоставила подрядчику право при определенных условиях не приступать к работе, а начатую работу приостановить. В примерный перечень оснований для этого оказались включенными: непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке (обработке) вещи; при этом особо выделено то обстоятельство, что все такие действия должны служить препятствием подрядчику для исполнения договора. Вслед за ст. 328 ГК в п. 1 ст. 719 ГК содержится указание на то, что не приступать к работе или, приступив, приостановить ее подрядчик вправе даже и тогда, когда возникли обстоятельства, очевидно сви-

детельствующие о том, что предусмотренные в договоре действия заказчик не сможет осуществить.

Особенность рассматриваемой ситуации состоит в том, что при ней неисполнение обязательства одной из сторон само по себе создает невозможность исполнения для ее контрагента. Однако ст. 328 ГК имеет и более широкое применение. Это, в частности, подтверждают и другие имеющиеся в разных главах отсылки к указанной статье.

Примером может служить ст. 569 ГК. Она предусматривает на случай, когда в соответствии с договором сроки передачи обмениваемых товаров не совпадают, применение ст. 328 ГК. Последнее означает, естественно, право любой стороны при условии, если контрагент в устанавливаемый договором срок не передает обусловленный договором товар, в свою очередь, задержать исполнение обязанности по встречной передаче товаров или даже расторгнуть договор и потребовать возмещения убытков.

Пункт 2 ст. 487 ГК рассматривает как встречное исполнение и соответственно предполагает при его ненадлежащем характере наступление указанных в ст. 328 ГК последствий того, что нарушена обязанность покупателя осуществить предварительную оплату, если такая обязанность (оплатить товары полностью или частично до передачи продавцом товара) предусмотрена договором. Аналогичные последствия влечет за собой ситуация, при которой реализующий товары в кредит продавец в действительности не передал их (п. 2 ст. 488 ГК).

Специальные случаи реализации принципов, закрепленных в ст. 328 ГК. содержатся и в статьях об отдельных видах подряда и подрядоподоб-ных договоров. Так, применительно к договорам подряда на выполнение проектных и изыскательских работ выделена необходимость передачи заказчиком задания на проектирование, а также иных исходных данных (п. 1 ct. 759 ГК). Договором на выполнение научно-исследовательских, конструкторских и технологических работ на заказчика возлагается предоставление необходимой информации, а если это предусмотрено договором, то также согласование с подрядчиком технико-экономических параметров или тематики работ (п. 2 ст. 774 ГК).

Статья 328 ГК допускает определенные отступления от содержащихся в ней норм в законе или договоре. Такие отступления могут выразиться, в частности, в расширении круга возможных последствий нарушения предусмотренных в ней обязательств. Например, п. 4 ст. 488 ГК («Оплата товара, переданного в кредит») помимо отсылки к ст. 328 ГК содержит дополнительное указание на право продавца потребовать от неаккуратного покупателя возврата неоплаченных товаров, а также (если иное не предусмотрено ГК или договором) выплаты процентов за просроченную оплату в размере ставки рефинансирования Центрального банка РФ (ст. 395 ГК). Начальным

моментом исчисления соответствующих процентов служит день, когда товар должен был быть

поставлен, а когда на этот счет есть указание в договоре – день передачи товара продавцом. Завершается начисление процентов в день фактической оплаты. Наконец, соответствующий товар (если иное не предусмотрено договором) признается на все время до его оплаты находящимся в залоге.

В равной мере специальными мерами могут быть сужены последствия применения соответствующей статьи. Речь идет, в частности, о санкциях, связанных с несвоевременной оплатой товара, который продан с рассрочкой платежа.

Особый случай встречного исполнения предусмотрен в п. 2 ст. 489 ГК. Имеется в виду ситуация, которая может возникнуть при оплате товара в рассрочку. Соответствующая диспозитивная норма предоставляет продавцу право на случай, если покупатель не произвел в установленный срок очередного платежа за товар, который был не только продан, но и передан покупателю, отказаться от исполнения договора и потребовать возврата проданного товара. При этом, однако, указанная статья содержит существенное ограничение: соответствующее право принадлежит продавцу только при условии, если сумма платежей, которые должен был произвести покупатель, превышает половину цены товаров. Совершенно очевидно, что указанная норма призвана осуществлять защиту интересов покупателя как слабой стороны в договоре.

Следует обратить внимание на то, что ст. 328 ГК определенным образом конкурирует со ст. 451 ГК. Последняя предусматривает, в частности, общие основания изменения и расторжения договора. Статья 328 ГК, на наш взгляд, является специальной нормой по отношению к ст. 451 ГК. Это выразилось, в частности, в том, что для применения ст. 328 ГК в охваченных ею ситуациях нет необходимости ссылаться на то, что соответствующие нарушения были «существенными». Вместе с тем ст. 451 ГК имеет более широкую область применения, поскольку «существенные нарушения договора второй стороной» могут иметь место и со стороны кредитора. Имеются в виду случаи нарушения кредиторской обязанности. О некоторых из них идет речь в ст. 406 ГК. Имеется в виду, что п. 2 указанной статьи ГК предусматривает санкции в пользу должника на случай отказа кредитора от принятия исполнения или несовершения кредитором действий, предусмотренных законом, иными правовыми актами, договором либо обычаями делового оборота, до совершения которых должник не мог исполнить свое обязательство. Имеется в виду требовать возмещения убытка, а по денежному обязательству не платить проценты, если неисполнение обязанности представляет собой «его существенное нарушение», не 'Только в дву-, но и в одностороннем договоре. Это дает основание требо-

вать устранения последствий, указанных в ст. 451 ГК (помимо возмещения убытков, также расторжения или изменения договора).

Разграничение возмездных и безвозмездных договоров носит легальный характер. Ему посвящена ст. 423 ГК. Указанная статья проводит различие между обоими видами договоров в зависимости от того, должна ли получить сторона плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей (возмездный договор), либо она не вправе претендовать на это (безвозмездный договор)'. Статья 423 ГК (п. 3) содержит презумпцию в пользу того, что заключенный сторонами договор является воз-мездным. Иное, т.е. безвозмездность договора, должно быть предусмотрено законом, другими правовыми актами, содержанием или существом договора.

Следует отметить, что сама презумпция возмездности договоров является частью общего правила, от которого могут быть сделаны отступления, иомимо самого договора, и в специальных нормах.

Например, поручение Предполагается безвозмездным и соответственно обязанность доверителя оплатить вознаграждение поверенному возникает лишь при условии, если это предусмотрено законом, иным правовым актом или договором (п. 1 ст. 972 ГК). Таким же безвозмездным признается хранение в гардеробе организации, при этом исключение возможно только при наличии иного в договоре сторон или иное обусловлено при сдаче вещи (п. 1 ст. 924 ГК).

Возмездность или соответственно безвозмездность договора вытекают, как правило, из легального определения. В некоторых случаях при отсутствии прямой записи в соответствующей статье ГК законодатель включает дополнительно для внесения полной ясности указание на возмездность договора. Так, например, п. 3 ст. 685 ГК предусматривает, что договор поднайма применительно к жилищному найму всегда возмезден.

Пункт 1 ст. 572 ГК устанавливает, что к договору дарения, который предусматривает встречную передачу вещи или права либо встречное обязательство, применяются нормы п. 2 ст. 170 ГК. Это означает признание такого договора притворной сделкой. Однако приведенное правило имеет более общий характер. Так, притворным является любой договор, который вместо соответствующего безвозмездного поименованного договора сконструирован как возмездный или безвозмездный вместо возмездного (агентский договор с указанием на отсутствие у стороны, названной агентом, права на получение вознаграждения). Соответственно к таким договорам должны применяться нормы общей части обязательственного права, анало-

' А.Ю. Кабалкин обратил внимание на «неточность» формулировки п. 2 ст. 423 ГК полагая, что она не охватывает реальных договоров. В действительности, она относится и к этим договорам: договор перевозки грузов – возмездный, ибо отправитель обязуется оплатить (ст. 785), а дарение-безвозмездный, ибо на одаряемом не может лежать встречная обязанность.

гия закона и аналогия права. Исключения составляют случаи, когда законодатель регулирует два договора, отличающихся один от другого воз-мездностью. Так, например, если в договоре, названном «договором безвозмездного пользования», содержится условие о встречном удовлетворении в какой бы то ни было форме, к такому договору, с учетом действия п. 2 ст. 170 ГК, будут применены нормы договора аренды.

Деление договоров на возмездные и безвозмездные влечет за собой различные правовые последствия, включая и такие, которые находятся за рамками обязательственного права. Так, удовлетворение виндикационного иска, адресованного добросовестному приобретателю, зависит от того, был ли послуживший основанием возникновения права, владения договор воз-мездным или безвозмездным'.

Возмездность или безвозмездность договора влияют в ряде случаев на основания ответственности сторон. В виде общего правила хранитель должен принять все предусмотренные договором меры, чтобы обеспечить сохранность переданной на хранение вещи. В то же время в безвозмездном договоре критерием для определения границ ответственности служит требование заботиться о принятой на хранение вещи не менее чем о своей (см. п.2и3ст.891ГК).

Возмездность не означает и даже не предполагает в виде общего правила непременно эквивалентного предоставления обеих сторон. Последствия отсутствия эквивалентности, и то в указанных в ней пределах, предусмотрены, в частности, в ст. 179 ГК. Речь идет о признании сделки недействительной как кабальной. Под последней подразумевается сделка, которую лицо вынуждено было совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств, притом на крайне невыгодных для себя условиях. Для

наступления указанных в той же статье последствий необходимо, чтобы вторая сторона такими тяжелыми обстоятельствами воспользовалась. Как уже отмечалось, положения, подобного laesio enormis в римском праве2, кодексах других стран (например, во Французском гражданском кодексе или в Германском гражданском уложении), ГК не содержит.

В основе разграничения договоров реальных и консенсуальных лежит признание правообразующим фактом либо самого соглашения (консенсу-альный договор), либо основанной на соглашении передачи вещи или иного имущества (реальный договор).

в соответствии с п. 2 ст. 302 ГК, если имущество приобретено безвозмездно от •чица, которое не имело права его отчуждать, собственник вправе истребовать такое Существо во всех случаях.

соответствии с предписанием императора Диоклетиана продавец, получивший за sap менее половины его обычной стоимости, имел право расторгнуть договор куп-к-продажи (см.-.ДернбургГ. Пандекты. Обязательственное право. М., 1900. С. 33).

Деление договоров на реальные и консенсуальные теперь опирается на соответствующее указание в ГК. Речь идет о ст. 433 Кодекса. Имея в виду консенсуальные договоры, п.1 указанной статьи подчеркивает, что договор признается заключенным в момент получения тем, кто отправил оферту, акцепта. Именно данный момент рассматривается как юридический факт, необходимый и достаточный для признания возникновения между сторонами правовой (договорной) связи. В отличие от п. 1, п. 2 данной статьи столь же явно имеет в виду реальные договоры. Соответственно им предусмотрено, что в случаях, когда для заключения договора необходима т&кже передача имущества, договор считается заключенным с момента его передачи. Содержащаяся там же отсылка к ст. 224 ГК должна подтвердить, что речь идет прежде всего о передаче вещи, но есть все основания полагать, что в такой же мере это относится и к передаче прав.

Сравнение п. 1 и п. 2 ст. 433 ГК позволяет сделать вывод о легальной презумпции в пользу консенсуальности договора. Появление такой презумпции объясняется тем, что консенсус – минимум необходимого для договора, а передача вещи – дополнение к нему, необходимое лишь для определенных видов (типов) договоров. Так же как это имеет место в отношении пар «возмездный – безвозмездный» или «односторонний ~ двусторонний», контрагенты не могут по собственной инициативе трансформировать договор, который в соответствии с законом является консенсуальным, в реальный договор либо, наоборот, реальный в консенсуальный. Если они все же поступят подобным образом, то выйдут за рамки соответственно выделенного в ГК, ином законе либо другом правовом акте договора и к отношениям сторон должны применяться статьи общей части обязательственного права, нормы, применяемые в порядке аналогии закона и аналогии права.

Конструирование того или иного договора как реального или, напротив, консенсуального зависит от того, в чем выражается интерес каждой из сторон и какова соответственно цель договора, которая в общем виде представляет собой сумму интересов контрагентов. Если данная цель состоит в получении вещи, в работе или в услуге и соответственно в вознаграждении, указанное действие (по передаче вещи, выполнению работ, уплате вознаграждения или оказанию услуг) становится предметом договора. И тогда законодатель формирует договор как консенсуальный- В остальных случаях, когда предметом договора служит совершение определенных действий по отношению к имуществу, законодатель выбирает модель реального договора.

Поскольку реальный договор предполагает выражение воли плюс действие – передачу имущества,

возникает необходимость определить, какие последствия наступят, если сторона после выражения согласия не передаст имущество. Естественно, что предъявлять требования о передаче имущества к ней нельзя, поскольку договор в подобных случаях признается неза

ключенным. Таким образом, речь идет о незавершенном юридическом составе. Следует, очевидно, согласиться с О,А. Красавчиковым, что «юридические последствия наступают только при наличии всех юридических фактов соответствующего юридического состава. Созданная отдельными юридическими фактами незавершенного состава возможность движения конкретного правоотношения сама по себе, как и факты ее создающие, юридического значения ье имеет»1.

Необходимо, однако, отличать случаи незавершенного юридического состава от тех, при которых юридические факты, составляющие неполный юридический состав, одновременно являются достаточными для возникновения определенных прав и обязанностей. Такая ситуация складывается при условии, что реальному договору предшествует договор консенсуальный, имеющий значение предварительного. В частности, это может быть договор о заключении договора займа в будущем, который в свое время был выделен специально в ГК 22 (ст. 218 и 219), навигационный договор на речном транспорте и др.

В связи с разграничением договоров на реальные и консенсуальные возник вопрос о возможности еще одного деления: на каузальные и абстрактные. Имея в виду, что к первым (каузальным) будут отнесены договоры, зависящие, а ко вторым (абстрактным)" не зависящие от наличия их основания; такое деление последовательно проводилось и проводится всеми, кто занимается классификацией сделок2.

Однако те, кто признают такое деление сделок, обычно не распространяют его на договоры. Существует и другая точка зрения. Так, в частности, Г.Ф. Шершеневич выступал за выделение «основания» договора (causa). В подтверждение он ссылался на следующее: «Когда говорят об основании договора, то имеют в виду при этом не наличность цели, потому что бесцельных договоров нет, и не интерес, потому что отношение, лишенное интереса, не создает права, а следовательно, и не имеет юридического значения, и не мотив, побуждающий лица вступать в обязательственные от-

Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 68.

См., в частности; Гражданское право. Т. I. М., 1994. С. 92 (автор – Генкин Д.М.Л Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. I. С. 207 и др. Среди последних по времени издания работ можно указать на; Гражданское право / Под ред. Ю.К. Толстого и А. П. Сергеева. С. 196-I97 (автор – М.В. Кротов); Гражданское право. Т. I / Под Ред. Е.А. Суханова. М., 1993. С. 130 (автор- В.С. Ем) и др. Едва ли не единственным противником деления сделок на абстрактные и каузальные был И.Б. Новицкий (см.: Новицкий И.Б. Сделки, исковая давность. С. 32-33). Это деление признавалось им не имеющим жизненного значения, а потому «чисто схоластическим». Указанный вывод кажется странным, если учесть хотя бы то, что ко времени издания последней работы существовало законодательство о векселях, при этом последние широко использовались во внешнеторговом обороте.

ношения, потому что это обстоятельство безразлично с юридической точки зрения. Под основанием договора принимается ближайшая и непосредственная причина установленной обязанности»'.

Смысл такого деления договоров Г.Ф. Шершеневич усматривал, в частности, в возможности

оспаривания договоров займа или хранения по причине неполучения вещи. Однако, на наш взгляд, подобное оспаривание может опираться и на деление договоров на консенсуальные и реальные. Поэтому, например, если в силу п. 1 ст. 812 ГК допускается оспаривание займа по его «безденежности», речь идет просто о том, что при заключении реального договора-займа не был передано имущество (деньги), а без передачи имущества реальный договор возникнуть не может. Вот почему даже при отсутствии специальных на указанный счет норм возможно оспаривание по той же причине «непередачи вещи» не только договоров займа, но и перевозки, хранения, для которых автор строил модель каузальных договоров.

И все же, на наш взгляд, деление на консенсуальные и реальные договоры не всегда оказывается достаточным. Речь идет о том, что существуют такие договоры, в которых цель представляет собой их составной элемент. При этом цели придается такое значение, что ее недостижение или, что то же, отступление от цели, предусмотренной в договоре, является достаточным основанием для признания договора незаклгоченным.

В этом случае имеет значение сопоставление ст. 812 ГК и п. 3 ст. 821 ГК. Если в первой из них речь идет об оспариваний договора займа по безденежности (деньги или другие вещи в действительности не переданы или переданы в меньшем размере), то во втором об оспариваний вследствие того, что указанная цель договора не сможет быть достигнута (заемщик нарушил предусмотренную кредитным договором обязанность целевого использования кредитов). В обоих случаях в результате решения суда договор (займа или кредитный) не будет считаться заключенным. Различие выражается лишь в том, что в первой ситуации договор с самого начала признается незаключенным, а при второй – он утрачивает силу на будущее время.

Помимо указанных практическое значение могут иметь для определения правового режима соответствующих договоров и другие виды делений, осуществляемых по правилам дихотомии.

а). Одно из них – основные и дополнительные договоры. Особенность различия указанных договоров состоит в том, что судьба каждого из договоров, отнесенных ко второй группе, производна от судьбы одного из тех, которые отнесены к первой группе. И наоборот, основные договоры независимы, а значит, признание дополнительного договора недействительным никакого влияния на юридическую силу основного договора не оказывает. Наиболее распространенной разновидностью дополнительных договоров

Шершенееич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. С. 82.

служат те, которые возникают по поводу названных в ГК четырех основанных на соглашении сторон способов обеспечения обязательств – неустойки поручительства, залога и задатка. Еще два поименованных в той же ст'329 ГК способа обеспечения обязательств остаются за пределами приведенного деления. Имеется в виду, в частности, то, что обязательства, составляющие банковскую гарантию, порождаются односторонней сделкой, а такой способ, как удержание, вообще возникает не из сделки, а из специального предусмотренного законом юридического состава, который включает наличие долга и нахождение у кредитора вещи, подлежащей передаче должнику или по его указанию третьему лицу.

Дополнительный договор обладает относительной самостоятельностью, которая, в частности, проявляется в том, что он признается заключенным с момента, когда стороны достигнут согласия по существенным его условиям. Из относительной самостоятельности дополнительного договора

вытекает отсутствие необходимости придать ему особую форму. Имеется в виду, что существенные условия дополнительного договора могут быть включены в текст основного. И все же даже и при таком варианте речь пойдет о двух договорах.

б). Другое деление проводится на договоры, заключенные в пользу контрагентов и в пользу третьих лиц.

в). Договоры делятся на основные и предварительные. Различие между этими договорами связано, среди прочего, с их целью. Вместе с тем, хотя конечная цель, которую стороны ставят перед собой, достигается только с заключением и последующим исполнением основного договора, с юридико-технической точки зрения различий между этими договорами нет. Явно неудачным было предложение В. Голевинского разделить договоры на «договоры в строгом смысле» и «предварительные договоры»'.

г). Различаются договоры вещные и обязательственные, Об этих трех классификациях договоров шла речь ранее. С принятием нового ГК, существенно расширившего круг урегулированных им договоров, возникла необходимость провести такое же дихотомическое деление в рамках одной определенной группы. Речь идет о делении возмездных договоров на «меновые» и «рисковые» («алеаторные»). В отличие от возмездных, «меновых» договоров, к «рисковым» относятся договоры, которые отличаются тем, что в них, по утверждению К.П. Победоносцева, «по цели и намерению стороны конечный результат договора. материальная ценность его поставлены в зависимость от события совершенно неизвестного или случайного или только вероятного, так что при заключении его совершенно неизвестно, которая сторона в конечном ре-

Юлевинский В. О происхождении и делении обязательств. С. 38.

зультате выиграет, получит выгоду»'. Эти договоры (часть из них составляли проводимые государством лотереи) имели место и ранее. В Кодексе они появились лишь в 1994 г. Речь идет о гл. 58 Кодекса -«Проведение игр и пари».

Правовое регулирование игр и пари осуществлялось уже в Древнем Риме. Еще тогда подобное регулирование в тех или иных формах и объеме выражало в целом негативное отношение к играм и пари со стороны государства, которое проявлялось в установлении разного рода ограничений. В частности, наказание за игры и пари было отменено только при Юстиниане. Но и после того выигрыши рассматривались как приобретение имущества по недействительной сделке. Единственным видом разрешенных игр были связанные с тем, что впоследствии получило название спортивных состязаний2.

Различного рода ограничения дошли до нашего времени. Во всяком случае, когда Комиссия по разработке проекта Гражданского Уложения России перед революцией готовила материалы к книге 5, посвященной обязательственному праву, она обратила внимание на то, что законодательства всех стран делятся на два вида: в одних игры и пари полностью запрещены, а в других только подвергаются ограничениям. Так, в самой дореволюционной России (том X, часть I Свода законов гражданских) признавались ничтожными займы «по игре и для игры», заключенные с ведома заимодавца (ст. 2014). Таким образом, под защитой закона могли быть только займы, выданные заимодавцем, который не знал, для какой цели берет у него деньги заемщик3.

Негативное в целом отношение к играм и пари сохраняет в значительной мере и действующий Кодекс. Из ст. 1062 и 1063 ГК следует, что игры и пари считаются действительными сделками только

в случаях, прямо предусмотренных приведенными статьями, и соответственно только в этих случаях подлежат защите4. Общим же правилом является признание и игр, и пари обстоятельствами, с которыми не может быть связано возникновение прав и обязанностей у сторон. Исключение составляют лотереи, тотализа-

' Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. III: Договор и обязательство. СПб., 1896. С. 341.

2 См.: Дернбург Г. Указ. соч. С, 34.

3 См.: Свод законов гражданских / Составитель И.М. Тютрюмов. С. 1200-1201.

4 В соответствии со ст. 1062 ГК требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари, подлежат судебной защите только в случаях, когда участник игр и пари действовал под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или организатор игр не выполнил обязанности выплатить выигрыш в предусмотренных условиями игр размере, форме и срок.

торы и иные игры, проводимые государством и муниципальным образованием или по их разрешению. Для таких случаев установлена эффективная зашита интересов участников игры – тех, кто противостоит организаторам игр(ст.ЮбЗГК).

Специфика алеаторных сделок состоит в том, что и при играх, и при пари в зависимости от наступления или ненаступления установленного обстоятельства выигрывает одна сторона, а проигрывает другая. Все дело в том, какая из сторон окажется в той или иной позиции. По своей конструкции алеаторные договоры – разновидность условных сделок. Как и в иных условных сделках, возникновение прав и обязанностей поставлено здесь в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит ли оно. При этом к разрешенным алеаторным сделкам, аналогично другим условным сделкам, должен применяться п. 3 ст. 157 ГК. Из него вытекает, что, когда наступлению условия («выпал выигрыш») недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой это невыгодно (имеется в виду организатор игр и пари), условие признается наступившим. И напротив, если наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, которой наступление условия выгодно (участник), условие признается ненаступившим'.

При изложении вопроса о втором, отличном от дихотомии способе классификации необходимо иметь в виду, что в настоящее время на практике применяется бесчисленное количество разновидностей договоров, многие из которых построены по моделям, не упомянутым в ГК. И все же выделенные в нем модели договоров являются достаточно представительными. В этой связи классификация договорных моделей, содержащихся в ГК, позволяет распространить ее исходные положения и на всю массу предусмотренных и не предусмотренных в других правовых актах договоров.

Основная проблема любой классификации состоит в выборе того единственного основания, которое должно быть положено в основу деления. Однако прежде всего необходимо установить саму возможность существования такого критерия, с помощью которого может быть произведена в полном объеме соответствующая классификация. Если обратиться к легальным определениям договоров в ГК и тем самым к выражению их сущности, то таким критерием придется признать содержание договора, т.е. круг прав и обязанностей сторон. Но данный критерий в силу того, что он является достаточно общим и абстрактным, нельзя формализовать.

В свое время М.В. Гордон предлагал выстроить все известные договоры в ряд, используя единый

критерий – «результат». Но для этого пришлось объединять в один вид столь разные договоры, как, например, куп-

„ : Временное положение о лотереях в Российской Федерации, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 19 сентября 1995 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 39. Ст. 3752.

ля-продажа и дарение, имущественный наем (нынешняя аренда) и безвозмездное пользование имуществом (ссуда) и др.'

Представляется, что попытки классифицировать договоры путем однопорядкового деления заканчивались неудачей. Это обстоятельство учел О.А. Красавчиков. Однако автор заслуживает определенного упрека в связи с тем, что он не выполнил уже на первой ступени обещания избрать единый критерий. В предложенной О.А. Красавчиковым классификации таким основанием должна была стать «направленность гражданско-правового результата». Руководствуясь указанным признаком, он выделил четыре группы обязательств: направленные на передачу имущества (1), на выполнение работ (2), на оказание услуг (3) и на передачу денег (4). В этой классификации бросается в глаза одно обстоятельство: четвертая по счету группа отличается не особой направленностью результата, а особым предметом договора, который к тому же не является самостоятельным. Речь идет о том, что фигурирующее в первой группе «имущество» охватывает и то, что индивидуализирует четвертую группу, – «деньги»2.

В течение определенного времени широкое распространение получила тИдея целесообразности классификации договоров на основе использования классификационного основания, включающего в себя как экономические, так и соответствующие юридические критерии3.

Однако в действительности «комбинированный критерий» превратился в простую сумму критериев, благодаря чему единственное основание деления заменяется неограниченным их числом.

Об этом можно судить по достигнутому при использовании «комбинированного критерия» результату. Речь идет о выделении девяти по разным признакам сформированных групп, объединивших различные виды договоров (обязательств), В этот перечень входили обязательства (договоры) по возмездной реализации имущества (1), по возмездной передаче имущества в пользование (2), по безвозмездной передаче имущества в собственность или в пользование (3), по производству работ (4), по оказанию услуг (5), по перевозкам (6), по кредиту и расчетам (7), по совместной деятельности (8) и по страхованию (9)4. Думается, что в подобной группировке

'См.: Гордон М.В. Система договоров а советском гражданском праве // Ученые записки Харьковского юридического института. Вып. 5. 1954. С. 85.

2 См.: Красавчиков О.А. Вопросы системы Особенной части ГК РСФСР. Свердловск, 1957. С. 127.

3 См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. I. С. 389. Недавно с таких же позиций выступал С.М. Корнеев (см.: Корнеев СМ. Юридическая природа договора энергоснабжения // Закон. 1995. X" 7. С. 120).

4 Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. I. С. 389. По этой же системе в книге О.С. Иоффе «Обязательственное право» классифицируются договоры.

проявляются скорее черты инвентаризации договоров, чем их классификации, и по этой причине, в

частности, указанная группировка не имеет четко обозначенных внутренних границ. Не случайно поэтому с тех же исходных позиций некоторые авторы насчитывали еще три вида договоров за пределами приведенного перечня',

Полагаем, что единственный выход состоит в использовании многоступенчатой классификации договоров2. При этом имеется в виду, что договоры, объединенные в определенные группы, на каждой последующей ступени отражают особенности предшествующих.

Используя достаточно последовательно принцип «результата» («направленности результата»), гражданские договоры, выделенные в ГК, можно разделить на четыре группы: направленные, во-первых, на передачу имущества, во-вторых, на выполнение работ, в-третьих, на оказание услуг и, в-четвертых, на учреждение различных образований.

При наполнении каждой из этих групп предполагается, что в одну и ту же группу вместе с определенным типом договоров, которому посвящена отдельная глава ГК, попадут и все виды соответствующего типа, которым, в свою очередь, посвящен отдельный параграф данной главы. Так, например, в первую группу будут включены, в частности, под общим названием «купля-продажа» розничная купля-продажа, поставка (включая поставку товаров для государственных нужд и контрактацию), энергоснабжение, продажа недвижимости (включая продажу предприятий). Вторая группа охватывает отдельные разновидности подряда – такие, как бытовой подряд, строительный подряд, подряд на выполнение проектных и изыскательских работ, подряд для государственных нужд, а для третьей группы вместе с хранением – хранение на товарных складах и специальные виды хранения. Наконец, применительно к четвертой группе речь идет о различных видах учредительных договоров.

Для первой группы при делении на второй ступени роль критерия играет основание передачи имущества, что, в свою очередь, позволяет разграничить возмездную и безвозмездную передачи.

Наконец, уже на третьей ступени возмездные и безвозмездные договоры, направленные на передачу имущества, делятся по такому признаку, как объем передаваемых прав. Имеется в виду, что в результате будут сформированы четыре подгруппы: возмездной передачи имущества в собственность, в хозяйственное ведение или в оперативное управление (купля-

Например, в учебнике «Советское гражданское право» под ред. В.А. Рясенцева выделено 12 разновидностей договоров (указ. работа- С. 451-452).

*акая многоступенчатая классификация, при этом с сохранением своего единого критерия на каждой ступени, проводится, например, Е.А. Сухановым (Гражданское

"Раво.Т^.М^БЕК, 1993. С. 46).

продажа, мена, рента и пожизненное содержание с иждивением, заем и кредит, банковский вклад и банковский счет), возмездной передачи имущества в пользование (договоры аренды, найма жилого помещения, коммерческой концессии), передачи безвозмездно в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление (дарение), в возмездное пользование (коммерческая концессия), а также передачи в безвозмездное пользование (ссуда – безвозмездное пользование).

Особенность всей второй группы состоит в том, что действия обязанного лица приводят к отделимому от них результату, который и служит предметом договора. Что же касается внутригруппового деления, то оно проводится в этом случае однократно, применительно к

определенному юридико-техническому признаку: на какой из сторон лежит риск случайного неполучения результата. Возложение риска на подрядчика присуще договору подряда, а на заказчика, – договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ.

Третья группа оказывается весьма обширной. При этом до принятия ГК договоры услуг специально в Кодексе вообще не упоминались. Особенность решения вопроса об услугах в ГК состоит в том, что наряду с отдельными типами договоров, являющихся по своей природе договорами услуг (часть таких договоров выделялась прежними кодексами – например, поручение и комиссия), сформировалась специальная глава (гл. 39) о йозмезд-ном оказании услуг. Цель этой главы, как следует из п. 2 ст. 779 ГК, состоит в том, чтобы осуществлять регулирование и тех видов услуг, которые пока еще не выделены Кодексом в специальные типы договоров. К этой же группе могут быть отнесены и такие договоры, как перевозка грузов, пассажиров и багажа, транспортная экспедиция, финансирование под уступку денежного требования, хранение, страхование, поручение, комиссия, агентский договор и договор доверительного управления имуществом.

Отмеченное отделение договоров на оказание услуг от договора на выполнение работ нашло отражение, в частности, во Французском гражданском кодексе с его близкой к римскому праву трехчленной конструкцией найма (имеется в виду наем вещей, работ и услуг). Другим примером может служить Германское гражданское уложение, в котором выделены «наем (аренда)», а также «подряд» и «подобные подряду» договоры. К числу последних отнесены договоры о туристическом обслуживании.

Среди дореволюционных цивилистов сторонником разграничения подряда и услуг был Г.Ф. Шершеневич. Он подчеркивал необходимость понимать под подрядом «исполнение работы как продукт приложения рабочей силы». Одновременно отмечалось: «В подряде мы имеем дело с «исполнением» работы, а в личном найме с «отправлением работы». Соответ

ственно смысл подряда, в отличие от личного найма, усматривался в том, что в первом сущность составляет «результат труда»'.

Из числа современных авторов последовательно выступал за отделение работ от услуг О.С. Иоффе. В работе «Обязательственное право» он выделил наряду с подрядом группу договоров, объединенных вокруг обязательств по оказанию услуг. К их числу отнесены договоры, которые в отличие от подряда имеют в виду «деятельность таких видов, которые не получают или не обязательно должны получить воплощение в материализованном, а тем более овеществленном результате»2. Обоснование указанного разграничения можно найти и у К. Маркса: «Известного рода услуги, иными словами; потребительные стоимости, представляющие собой результат известных видов деятельности или труда, воплощаются в товарах, другие же услуги, напротив, не оставляют осязательных результатов, существующих отдельно от исполнителей этих услуг; иначе говоря, результат их не есть пригодный для продажи товар» ^курсив наш. –Авт.)3.

Несмотря на то что договоры на выполнение работ и на оказание услуг признаны теперь самостоятельными договорными типами, законодатель учел наличие между ними и общего. Это позволило ему включить в главы, посвященные научно-исследовательским, опытно-конструкторским и технологическим работам, а также возмездному оказанию услуг, определенное число отсылок к статьям о подряде. Имеются в виду отсылки, содержащиеся в ст. 778 и 783 ГК.

Третья группа (договоры услуг) имеет, как и вторая, лишь одну дополнительную ступень: речь идет о делении соответствующих договоров на возмездные и безвозмездные. Указанная группировка предполагает, что следующей ступенью в каждой из групп служит выделение отдельных типов договоров. Соответственно основную массу договоров услуг составляют возмездные договоры (возмездное оказание услуг, перевозка, транспортная экспедиция, банковский вклад, банковский счет, расчеты, хранение, страхование, комиссия, агентирование, доверительное управление имуществом). К безвозмездным – и лишь если иное не предусмотрено законом, другими правовыми актами или договором – относится только поручение.

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. II. С. 190.

Иоффе О.С. Обязательственное право, С. 488.

Интересные соображения были высказаны по этому поводу Е.Д. Шешениным. См.: Шешенин Е.Д. Предмет обязательства по оказанию услуг // Ученые труды СЮИ. Вып. 3. Свердловск, 1964. С. 151; Он же. К вопросу о понятии хозяйственного договора и его соотношении с договором хозяйственных услуг // Ученые труды СЮИ. Вып. 4. Свердловск, 1964.

^fapw К., Энгельс Ф. Соч. Т. 26. Ч. 1. С. 414.

Деление в пределах четвертой группы проводится с учетом цели объединения: в одних случаях это создание юридического лица (имеются в виду учредительные договоры, необходимые для образования полного товарищества, товарищества на вере, обществ с ограниченной и с дополнительной;

ответственностью, ассоциаций и союзов, договоры учредителей о создании акционерного общества), а в других – совместная хозяйственная деятель-» ность без образования юридического лица. В конечном счете цель этого последнего договора – создать неправосубъектное, т.е. лишенное прав юридического лица, образование в форме простого товарищества.

Связанные с учредительными договорами вопросы урегулированы статьями ГК и другим законодательством, посвященным соответствующе-' му виду правосубъектных коллективных образований (имеются в виду хозяйственные общества и товарищества, а также другие виды корпораций, т.е. организаций, построенных на началах членства). Вместе с тем за пределами специальных норм на учредительные договоры распространяются общие нормы договорного права.

Основная особенность учредительного договора состоит в том, что его подписание предшествует созданию юридического лица. Его целью служит' учреждение определенного образования и установление порядка (условий) передачи учредителями своего имущества, а также участия учредителей в деятельности по созданию юридического лица. Содержание учредительного договора оказывается более широким у юридических лиц, для которых такой договор – единственный учредительный документ (имеются в виду полное товарищество и товарищество на вере).

Договор о простом товариществе (гл. 55 ГК) относится к числу кон-сенсуальных. Заключенный двумя или более лицами, он охватывает их обязанности соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица как для извлечения прибыли, так и для достижения иной, не противоречащей закону деятельности. При этом в случаях, когда целью договора служит предпринимательская деятельность, в роли его сторон могут выступать только коммерческие организации или индивидуальные предприниматели.

Следует в заключение отметить, что ГК исключает возможность выделения в отдельную группу предпринимательских договоров подобно тому, как было сделано раньше в отношении хозяйственных договоров. Это не исключает того, что, как уже отмечалось, указанный признак ~ заключение договоров, обслуживающих предпринимательскую деятельность, -учитывается нередко при формировании соответствующих договорных моделей. Имеется в виду, что если законодатель устанавливает различные режимы для предпринимательских и непредпринимательских договоров, а иногда создает специальные договорные модели для случаев, когда одна

или обе стороны действуют в рамках своей предпринимательской деятельности, то это всегда только в пределах общей классификации гражданско-правовых договоров и присущих им моделей.

7. ПОИМЕНОВАННЫЕ И НЕПОИМЕНОВАННЫЕ ДОГОВОРЫ

Как уже отмечалось, если бы стороны были вынуждены разрабатывать проекты заключаемых договоров по принципу «чистой доски» (tabula rasa), им пришлось бы столкнуться со значительными трудностями. В частности, это повлекло бы за собой затяжку оформления договорных отношений из-за необходимости затрачивать значительное время для согласования состава и содержания отдельных договорных условий. И даже тогда не было бы никакой уверенности в том, что договор свободен от пробелов, которые нелегко восполнить ни самим контрагентам – в процессе исполнения принятых обязательств, ни суду – при разрешении возникающих между сторонами споров. К этому следует добавить, что активная сторона в договоре (та. которая должна передать продукцию, выполнить работы, оказать услуги) неизбежно занимала бы более сильную позицию по отношению к стороне пассивной (той. у которой возникает потребность в продукции, работах и услугах). Ведь для первой любой заключенный ею договор -один из многих, в принципе аналогичных договоров. В отличие от нее для второй едва ли не каждый договор отличается от остальных по крайней мере своим предметом.

Наконец, особое значение имеет то, что государство не смогло бы осуществлять в таком случае присущие ему функции организатора оборота и, в частности, предоставлять потребителям гарантии от проявления монопольных тенденций со стороны их контрагентов-поставщиков, перевозчиков, подрядчиков и др.

Решение многочисленных и всех других связанных с ними задач предполагает наряду с общим урегулированием договорных отношений создание законодателем набора различных моделей, что позволяет в необходимых пределах обеспечить отражение в праве специфики отдельных складывающихся в обороте разновидностей договоров.

В результате уже в римском праве постепенно сформировалась развернутая система «поименованных договоров». Эта система непрерывно расширялась с тех пор вместе с развитием производства, торговли, науки, техники, банковской деятельности и других сфер общественной жизни. Интересно в этой связи отметить, что во Французском гражданском кодексе 1804 г. таких договоров насчитывалось около 10, в Германском гражданском уложении 1896 г. – около 20 и примерно столько же в одном из последних проектов Гражданского уложения России (1913 г.).

ГК 22, который при всей его политической направленности представлял собой в определенной части редуцированный вариант проекта Гражданского уложения России, ограничился десятком договоров.

Но уже, в ГК 64 их число снова было доведено до 20.

Действующий Гражданский кодекс определенным образом ранжировал классификацию договоров. Соответственно в нем выделено 26 типов договоров, из которых шесть – купля-продажа, рента и пожизненное содержание. аренда, подряд, заем и кредит, хранение – разделены на отдельные виды договоров. Таких видов, выделенных в указанных типах договоров, оказалось около тридцати. К этому следует добавить значительное число типов (видов) договоров, урегулированных правовыми актами за пределами Кодекса.

Вместе с тем набор поименованных договоров любой страны – это 0'собенно относится к современной России, переживающей коренную перестройку своей экономики, – всегда отстает от потребностей оборота. Такое отставание неизбежно, поскольку всякий акт, посвященный гражданским правоотношениям, в том числе такой сложный, как кодекс, отражает потребности практики, которые определяются лишь на момент его издания. Отмеченная особенность законодательства наиболее ощутима применительно к договорным отношениям, имея в виду, что последние создаются, хотя и в установленных законом рамках, но автономной волей самих участников оборота.

Указанное противоречие между набором законодательных моделей договоров и потребностями правовой жизни берет начало еще в Древнем Риме. При всем негативном отношении к непоименованным договорам (contractus innominati) в нем соответствующее противоречие преодолевалось, хотя с трудом и с большой осторожностью, при этом исключительно судебной практикой'. Однако постепенно побеждала идея положительного признания самим законодателем необходимости обеспечить правовую защиту договоров, находящихся за пределами созданных им моделей. И.А. Покровский связывал распространение принципа pacta sunt servanda на все вообще не противоречащие закону договоры с развитием концепций естественного права XVII-XVIII вв. В результате он пришел к выводу:

«Общим лейтмотивом всех современных законодательств могут служить слова Германской комиссии2: надо предоставить гражданам право заключать договоры необычного содержания»3.

См. подробно: Таль Л.С. Положительное право и неурегулированные договоры // Юридические записки Демидовского юридического лицея. Вып. III. (XIII). Ярославль, 1912. С. 387 и ел.

Имелась в виду Комиссия по разработке Германского гражданского уложения. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 106.

В результате участники оборота получили возможность самостоятельно устранять негативные последствия отмеченного отставания закона от жизни путем создания не известных формализованному праву договоров. Необходимым и достаточным условием защиты таких договоров должно служить их соответствие общей модели гражданско-правового договора.

С изложенных позиций представляет интерес решение соответствующего вопроса во всех трех Гражданских кодексах РФ.

В ГК 22 не был закреплен принцип защиты непоименованных договоров. В результате сложилось разное отношение к этому принципу в литературе'. Отсутствовала единая точка зрения на этот счет и в судебной практике. В отдельных случаях в своем отрицательном отношении к непоименованным договорам суды шли так далеко, что расценивали их как обычные противозаконные сделки2.

Однако параллельно с этим пробивала себе дорогу и иная линия, направленная на признание необходимости предоставить правовую защиту и непоименованным договорам. Эта последняя линия получила особое развитие в военные и послевоенные годы. Именно тогда была признана юридическая сила договора пожизненного содержания с иждивением, договора о безвозмездном пользовании имуществом (ссуды) и договора хранения3.

' Так, И.Б. Новицкий (Новицкий И.Б.. Лунц Л.А. Указ. соч. С. 100) считал, что Гражданский кодекс регламентирует определенные типы договоров, но в советском праве предусмотренные законом типы договоров не имеют значения исчерпывающего перечня. Закон предусматривает наиболее часто встречающиеся договоры; но стороны могут заключать и не предусмотренные законом договоры, лишь бы их содержание не противоречило общим принципиальным положениям советского права.

Сторонниками предоставления защиты непоименованным договорам были:

М.М. Агарков (Агарков М.М. К вопросу о договорной ответственности // Вопросы советского гражданского права. М.; Л., 1945. С. 43), В.С. Антимонов и К.А. Граве (Антимонов Б.С., Граве К.А. Договор трудового поручения // Ученые записки ВИЮН. Вып. 2. 1955. С. 17 и ел.), О.С. Иоффе (Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. I. С. 392-353), О.А. Красавчиков (Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 36 и ел.), Н.В. Рабинович {Рабинович Н.В. Указ. соч. С, 42 и ел.), Р.О, Халфина (Халфина Р.О. Право личной собственности граждан в СССР. М., 1995. С. 153, а также: Значение и сущность договора в советском гражданском праве. С. 196 и ел.).

В числе противников идеи свободного конструирования договоров оказался В.А. Рясенцев (Рясенцев В.А. Вопросы недействительности сделок в судебной практике // Социалистическая законность. 1950. № 8). В частности, В.А. Рясенцев связывал «недопустимость заключения не предусмотренных законом договоров» с тем, что это приводит к нарушению принципа правоспособности юридических лиц. См., в частности: Новицкий И.Б.. Луни Л.А. Указ. работа. С. 101. Двум из этих трех договоров – хранения и ссуды – были посвящены уже специальные главы в книге «Отдельные вицы обязательств» (М.: Госюриздат, 1954. С. 186-211 и 322-335).

Впервые в нашей стране непоименованные договоры получили формальное признание в Гражданском кодексе 1964 г. Имеется в виду содержащееся в ст. 4 этого Кодекса указание на то, что гражданские права и обязанности возникают из сделок, предусмотренных законом, а также из сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему. Именно в период действия ГК 64 положительно решился вопрос о правовой защите многих не известных Гражданскому кодексу и другим правовым актам видов договоров, обеспечивающих создание свободных рыночных отношений. Часть из сформировавшихся в то время договоров была включена (в отдельных случаях, как это произошло, например, с трастом, -в сильно измененном виде') в действующий Кодекс. Имеются в виду агентский договор, договор финансирования под уступку денежного требования, доверительного управления имуществом, коммерческая концессия и др.

Действующий Кодекс продолжил начатую ГК 64 линию на признание необходимости защиты непоименованных договоров. Прежде всего это нашло отражение в содержащемся в п. 2 ст. 421 ГК указании на то, что стороны могут заключать договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

Непоименованные договоры могут быть основаны на использовании в качестве образца модели,

предусмотренной законодательством другого государства либо международным актом, в том числе носящим рекомендательный характер. Необходимо иметь в виду, что происхождение непоименованного договора никакого значения не имеет, поскольку для таких договоров нормативной базой всегда служит общее гражданское законодательство РФ.

Из приведенной нормы – п. 2 ст. 421 ГК следует возможность для участников гражданского оборота – физических и юридических лиц – заключать договоры по совершенно самостоятельно разработанной сторонами модели.

Правило о свободе моделирования имеет по крайней мере три исключения. Первое из них состоит в том, что ГК, другой закон или иной правовой акт иногда допускают применительно к отдельным отношениям использование лишь строго определенной модели. Так, из п. I ст. 784 ГК вытекает, что перевозка грузов, пассажиров и багажа осуществляется непременно по договорам, отличительные признаки которых указаны соответст-

См.: Голубович А.Д. Траст. М., 1994; Ефимова Л.Г. Правовая природа договорных (трастовых) операций // Государство и право. 1995. № 12; Доэорцев В.А. Доверительное управление имуществом // Гражданский кодекс России. Часть вторая, текст проекта. Комментарии, проблемы, М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1995. С. 336-353; Некрасов А. Трастовые операции в коммерческих банках // Хозяйство и право. 1996. Xs 3.

венно в ст. 785 и 786 ГК. Пункт 2 ст. 671 ГК подтверждает, что юридическим лицам жилое помещение может предоставляться во владение и(или) пользование по договору аренды или по другому договору, но только не найма жилого помещения. Как вытекает из п. 2 ст. 671 ГК, в то время как юридическое лицо может осуществлять владение и пользование жилым помещением на основе договора аренды или иного договора, граждане должны для этой цели использовать непременно договор найма жилого помещения, заключаемый в строгом соответствии с п. 1 той же статьи, а также ст. 672 ГК.

Второе исключение связано с тем, что в случаях, когда законодатель возлагает на стороны обязанность заключить договор, он обычно указывает на то, какая именно договорная модель должна при этом использоваться. Так, п. 1 ст. 527 ГК предусматривает, что в соответствии с заказом государственного заказчика на поставку товаров для государственных нужд, принятым поставщиком (исполнителем), должен быть заключен на основе строго определенных параметров одноименный государственный контракт. Аналогичный порядок действует применительно к государственному контракту на выполнение подрядных работ для государственных нужд (ст. 765 и 768 ГК).

Наконец, суть третьего исключения состоит в том, что некоторые договорные модели, как уже ранее отмечалось, могут быть использованы только ограниченным кругом субъектов гражданского права. Например, участником договора банковского вклада должен быть непременно банк или иная кредитная организация, которая принимает в соответствии с законом вклады (депозиты) от юридических лиц (п. 4 ст. 834 ГК). Точно так же, отдельным участникам оборота запрещено использование определенных видов договоров.

В связи с признанием непоименованных договоров' возник вопрос о том, какие нормы и в какой последовательности должны к ним применяться, По этому вопросу были высказаны различные точки зрения. Представление о сути расхождений может дать сопоставление взглядов И.Б. Новицкого и О.С, Иоффе.

Первый из авторов полагал, что к непоименованным договорам «применяются общие положения обязательственного права и, кроме того, в со-

В одном из дел, разрешенных Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, в мотивировочной части все же было подтверждено решение кассационной инстанции, которая сочла возможным применить ст. 168 ГК («Недействительность сделки, не соответствующей закону или иным правовым актам») к сделке по той причине, что она не является предусмотренной законом. Между тем в Действительности указанная статья не дает возможности признать «сделку недействительной как не предусмотренную законом» (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 11. С. 76).

ответствующих случаях и в соответствующих частях могут быть применены нормы, установленные законом для типичных договоров. Наконец, вопросы, которые не могут быть разрешены таким способом, должны решаться на основании общих начал советского законодательства и общей политики рабоче-крестьянского правительства (ст. 4 ГПК)»'. В результате последовательность становится такой; общие положения обязательственного права – норма сходного поименованного договора в соответствующей части – аналогия права.

Другой автор, О.С. Иоффе, исходил из того, что «при заключении весьма своеобразного договора, но охватываемого одним из закрепленных в законе договорных типов, он будет подчинен правилам о договоре этого типа. И лишь когда формируется не противоречащее закону, но и не предусмотренное им договорное обязательство нового типа, его нормирование должно осуществляться по аналогии закона или в подлежащих случаях по аналогии права»2. Здесь уже решение иное: либо закон, посвященный данному типу, либо аналогия.

Следует отметить, что в своей конструкции О.С. Иоффе не указал места, которое должны занимать общие положения обязательственного (договорного) права.

; Вместе с тем некоторые возражения вызывает позиция обоих авторов в вопросе о типе договоров. Помимо приведенного, О.С. Иоффе по этому поводу пишет: «Какие бы различия ни наблюдались, например, в правовом нормировании купли-продажи жилых домов и розничной купли-продажи, они составляют не более, чем разновидность того договорного типа, который именуется куплей-продажей, так как выражают однопорядковые экономические отношения и однохарактерные правовые условия, объективно необходимые для формирования соответствующих обязательств»3.

На наш взгляд, конечный вывод о необходимости руководствоваться нормами о договорах соответствующего типа является бесспорным. Однако в отличие от О.С. Иоффе и в такой же мере от И.Б. Новицкого, полагаем, что в данном случае речь идет о чем-то промежуточном между непоименованными и поименованными договорами. Договоры, которые представляют собой разновидность урегулированного законом типа, обладают признаками поименованных договоров. Все дело лишь в определенной детализации конкретного поименованного договора. В подтверждение можно сослаться на регулирование поставочных отношений до принятия Основ гражданского законодательства 1991 г. Имеется в виду период действия Положений о поставках товаров народного потребления, а также о поставках продукции

' Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 103.

2 Иоффе О.С. Обязательственное право. С 38.

3 Там же.

производственно-технического назначения. Кроме этих двух актов о поставках и соответствующей главы, в ГК существовало значительное число особых условий поставки отдельных видов продукции и товаров. Уже по этой причине наряду с типом – договором поставки действовали обладающие определенными особенностями отдельные виды поставки: договоры на поставку угля и сланцев, нефти и нефтепродуктов, металлов и металло-продукции, хлеба и хлебобулочных изделий и др. Но если возникала необходимость заключить договор поставки продукции (товаров), не охваченной системой особых условий поставки, то не было сомнений в отношении применения Положения о поставках и главы 24 ГК «Поставки», причем это не связывалось с признанием соответствующего договора «непоименованным».

Таким образом, при наличии специальной главы ГК, а значит, и специального типа договоров, какой бы ни была специфика соответствующего вида договоров, он не может считаться договором sui generis («своего рода»).

Признание спорного правоотношения договором непоименованным означает, помимо прочего, отсутствие урегулирования не только вида, но и соответствующего ему типа. К таким договорам, не укладывающимся в рамки определенного не только вида, но и типа, необходимо применять, на наш взгляд, прежде всего нормы сходного типа договоров, а при его отсутствии – нормы, регулирующие гражданско-правовые договоры, т.е. статьи, помещенные в разделе III ГК «Общая часть обязательственного права»'.

Если аналогия закона и общие нормы обязательственного (договорного) права не приводят к желаемым результатам, остается последняя возможность – воспользоваться аналогией права, т.е. вынести решение исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости.

Приведенная схема подтверждает практическую значимость выделения договоров, отвечающих признакам поименованного договорного типа. Имеется в виду, что для последних общие положения договорного (обязательственного) права являются вторичными: они применяются лишь после положений, относящихся к соответствующему типу договоров. Сделанный вывод относится теперь не только к типам договоров, разбитых самим действующим Кодексом на виды, но и ко всем другим типам договоров.

Примером может служить договор возмездного оказания услуг. Этот договор (гл. 33 ГК) содержит лишь примерный перечень услуг. В частно-

Аналогичную позицию занимали Б.С. Антимонов и К.А. Граве. Они полагали, что в случаях, когда имеются в виду договоры, называемые ими «нетипичными», речь должна идти «о нормах, относящихся к типам договоров, наиболее близко подходящим рассматриваемым нетипичным договорам» (Антимонов Б,С,, Граве К.А. Договор трудового поручения // Ученые записки ВИЮН. Вып. 2. 1955. С. 18).

ста, в него входят восемь их видов: услуги связи, медицинские, ветеринарные, аудиторские, консультационные, информационные услуги, услуги по обучению, туристическому обслуживанию. И все же договор на предоставление любого вида услуг, как входящих, так и не входящих в этот перечень, подчиняется действию статей определенной главы ГК (гл. 39), если только соответствующая разновидность договора возмездного оказания услуг не выделена в

самостоятельную главу ГК (поручение, комиссия и др.).

При применении норм ГК к непоименованным договорам могут возникнуть разного рода коллизии. Одна из них имеет место в случаях, когда ГК допускает действие соответствующей его статьи лишь при условии, если закон (другой правовой акт) не предусматривает иное. Такой субсиди-арный характер должно носить действие положений, закрепленных в главах, посвященных отдельным типам договоров. Имеются в виду, например, п. 2 ст. 454 ГК, согласно которому к купле-продаже ценных бумаг и валютных ценностей относятся положения одноименного параграфа о купле-продаже, если законом не установлены специальные правила их купли-продажи, ст. 81 б ГК, согласно которой к отношениям между лицом, выпустившим облигацию, и ее держателем правила соответствующего параграфа («Заем») применяются постольку, поскольку иное не предусмотрено законом, или в установленном им порядке. Аналогичный по сути характер при несколько иной редакции носят нормы, подобные включенной в п. 3 ст. 990 ГК: законом и иными правовыми актами могут быть предусмотрены особенности отдельных видов договора комиссии. Таким же образом принятие специального акта связывается с положением, закрепленным в ст. 970 ГК:

правила главы о страховании применяются к отношениям по страхованию иностранных инвестиций от некоммерческих рисков, морскому страхованию, медицинскому страхованию, страхованию банковских вкладов и страхованию пенсий лишь постольку, поскольку иное не предусмотрено законом об этих видах страхования.

Особый вариант имеет место, когда нормы закона (другого правового акта) признаются действующими только при условии, если иное не предусмотрено в ГК. Тем самым предполагается, что закон (другой правовой акт) призван лишь восполнять пробелы самого Кодекса, а значит, коллизия статей главы о данном договоре и закона (другого правового акта) должна решаться в подобных случаях в пользу ГК. Чаще всего такого рода нормы содержатся в параграфах, посвященных отдельным видам договоров соответствующего поименованного типа. Например, в параграф четвертый главы о купле-продаже (поставка товаров для государственных нужд) включен п. 2 ст. 525 ГК, в силу которого закон о поставках товаров для государственных нужд применяется к соответствующим отношениям только в части, не урегулированной этим параграфом. Аналогичным образом будет дейст

вовать разработанная в несколько отличной редакции норма, устанавливающая, что применительно к отношениям по договору розничной купли-продажи с участием покупателя-гражданина законы о защите прав потребителей и иные принятые в соответствии с ними правовые акты применяются только в случаях, не урегулированных ГК (п. 3 ст. 492). Или норма, предусматривающая, что порядок и условия использования чеков в платежном обороте регулируются Кодексом, и только в части, им не урегулированной, – другими законами и устанавливаемыми в соответствии с ними банковскими правилами (п. 5 ст. 877 ГК).

Наконец, с третьим приходится иметь дело в случаях, когда Кодекс предполагает применение наряду с нормами, содержащимися в главе, посвященной соответствующему договору, также норм специального закона (иного правового акта), но не содержит указаний относительно того, какие из этих норм обладают приоритетом. Например, согласно п. 2 ст. 784 ГК условия перевозки грузов, пассажиров и багажа отдельными видами транспорта, а также ответственность сторон по этим перевозкам определяются соглашением сторон, если Гражданским кодексом, транспортными уставами и кодексами, иными законами и издаваемыми в соответствии с ними правилами не

установлено иное. Тем самым не дается прямого ответа на вопрос о том, чем следует руководствоваться при расхождении статей Гражданского кодекса с нормами транспортных уставов и кодексов. Близкая по значению редакция используется в главе о подряде. Она ограничивается отсылками к названному ею акту: закону о подрядах для государственных нужд (ст. 768 ГК). В таких случаях вступает в действие отмеченное выше общее положение об абсолютном приоритете норм ГК. Это позволяет признать: отсутствие в отсылочной норме соответствующей главы указания на приоритет определенного закона (в данном случае – Закона о подряде для государственных нужд) означает, что его нормы могут применяться лишь субсидиарно.

Несомненной спецификой обладает ситуация, возникающая при заключении договора, поименованного не в ГК, а в каком-либо другом законе или ином правовом акте. В подобных случаях законодатель может включать в акт, посвященный такому виду договоров, любое решение, если только соответствующий вопрос не урегулирован в части первой ГК и при этом в ней нет оговорки о возможности иного решения в законе (другом правовом акте),

В некоторых статьях раздела III ГК «Общая часть обязательственного права» адресатом отсылки служит «закон или договор» (см., например, п. 4 ст. 328). Это означает возможность включения соответствующей нормы в экт, посвященный договору, но с тем, чтобы этот акт был принят на уровне закона. Норма, содержащая такую отсылку, может быть как диспозитивной

(открывающей сторонам возможность иного решения), так и императивной (исключающей такую возможность). Во многих статьях того же раздела ГК содержится отсылка к «закону, иному правовому акту или договору». Особенность такой отсылки состоит лишь в том, что при ней место соответствующего правового акта в иерархии источников значения не имеет, помимо случаев, когда возникает коллизия между действующими актами.

Круг простейших, унитарных договоров неширок и фактически исчерпан перечисленными выше договорами (поставкой, контрактацией и др.). Однако это вовсе не означает, что система договорных форм окостеневает. Напротив, она беспрерывно совершенствуется, следуя за развитием экономических отношений. Совершенствование договорных конструкций идет главным образом по линии их усложнения, сочетания в одной разновидности элементов различных договоров. Все это потребовало внести определенные исключения из приведенных правил. Впервые такое исключение предусмотрено в п. 3 ст. 421 ГК. Соответствующая новелла предоставляет сторонам право заключить договор, в котором содержатся элементы различных моделей, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). В указанном случае, как предусмотрено в п. 3 ст. 421 ГК, к отношениям сторон применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре. Тогда специальные нормы, которые регулируют договоры, вошедшие в указанную смесь, обладают приоритетом при коллизии с нормами общей части обязательственного права. Однако такой вариант решения, и это предусмотрено все в том же п. 3 ст. 421 ГК, может быть парализован соглашением сторон или существом смешанного договора.

Проблема смешанных договоров вызвала большую литературу и до и после революции. В частности, заслуживает особого внимания утверждение О.Н. Садикова, предупреждающего против тенденции свести смешанные договоры «к уже известному типу договора, в то время как данный договор содержит разнородные элементы и должен быть квалифицирован в качестве смешанного»'.

В практическом решении соответствующего вопроса О.Н. Садиков занял такую позицию: если указанные договоры «нельзя отнести к числу уже предусмотренных правом договорных типов,

налицо новый договор, который, пока он не получил специальной регламентации, подчинен общим положениям обязательственного права, а при их недостаточности – правилам о наиболее близком договоре (в порядке аналогии закона)»2.

* Садиков О.Н. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений // Советское государство и право. 1978.№3.

2 Там же.

Приведенное положение вызывает, как нам кажется, все же некоторые сомнения. Первое из них сводится к тому, что если договор слагается из определенного набора разных договоров, то заведомо исключается возможность применения закона «близкого договора» и имеется в виду заранее заданное условие, в соответствии с которым таких близких договоров должно быть несколько (имеются в виду все договоры, представленные в смешанном договоре).

Второе сомнение порождается тем, что едва ли не каждый заключенный договор – смешанный, поскольку в нем присутствуют элементы различных договоров или, более точно, содержащихся в законе договорных эталонов. При этом, даже если ограничиться только теми несколькими десятками типов и видов договоров, которые выделены в ГК, количество возможных их сочетаний может достичь астрономической величины. Естественно, что при этих условиях законодатель заведомо не сможет присвоить каждой комбинации свое наименование и разработать для нее специальные нормы,

Отмеченное обстоятельство не исключает существования достаточно устойчивых и, что не менее важно, достаточно распространенных элементов соответствующих типов договоров, которые иногда позволяют создать на этой основе особый договор'.

Одним из примеров может служить относительно недавно сформировавшийся в гражданском праве договор перевозки. Тщательный его анализ привел Г.Ф. Шершеневича к выводу, что в этом признанном законодательством всех стран самостоятельным договоре все сводится к набору элементов личного найма, имущественного найма, поклажи и поручения. При этом «в своем соединении все эти элементы представляют настолько самостоятельную комбинацию, что за договором перевозки необходимо признать особое место среди договоров»2.

Ряд смешанных договоров уже признан и самим ГК в качестве самостоятельного их вида. Для одного из них смешанный характер выражен в самом названии. Имеется в виду договор «найма-продажи». По этому договору (ст. 501 ГК) до перехода права собственности на товар к покупателю последний признается нанимателем переданного товара (и соответственно пользуется предусмотренными для нанимателя правами и обязанностями), а затем занимает позицию покупателя переданного товара. При этом предполагается, если иное не предусмотрено договором, что собственником соответствующая сторона становится с момента полной оплаты товара.

В.А. Ойгензихт в своей книге «Нетипичные договорные отношения в гражданском праве» (Душанбе, 1984, С. 5 и ел.) в этой связи выделяет «конгломерированные Договоры». • •' .-. *' .••• ./ • . • .';.

Шершенееич Г.Ф. Курс торгового права. Т. П. С. 241.

Обстоятельства, при которых может возникнуть потребность в новом для нашего права типе договора, можно проиллюстрировать на таком примере. Один из московских банков предоставил принадлежащую ему на праве собственности квартиру в городе Саратове в аренду работнику своего филиала. Через некоторое время тот стал требовать продажи ему квартиры, ссылаясь на

неустойчивость таких арендных отношений. Банк, в свою очередь, не желал продавать ему квартиру, боясь, что после ее приобретения арендатор уволится и банк лишится ценного для него работника. Возник вопрос, каким образом сочетать вполне понятные интересы каждой из сторон. И тогда было решено заключить договор «найма-продажи» квартиры, по которому через пять лет арендатор приобретает право ее выкупа.

Договор найма-продажи, хотя и сконструирован самим законодателем;

но в ГК отсутствует специальное его регулирование. Однако и в этом случае есть все основания воспользоваться общей нормой п. 3 ст. 421 ГК, признав соответственно, что до момента продажи применяются нормы об аренде, а после оплаты квартиры при отсутствии в договоре иного – только нормы о купле-продаже.

Другой оказалась судьба агентского договора. По этому договору агент обязуется за вознаграждение совершить по поручению принципала юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала. В связи с тем, что агентский договор может охватывать наряду с юридическими также и другие, фактические действия, в нем налицо элементы договоров подряда либо возмездного оказания услуг. В зависимости от того» выступает ли агент от своего или чужого имени, в агентском договоре содержатся также элементы договоров комиссии или поручения. В данном случае, однако, гл. 52 ГК («Агентирование») включает более или менее полное регулирование соответствующего договора. При этом нормы о поручении или комиссии могут быть применены лишь субсидиарно, но только как предусмотрено в ст. 1011 ГК, если эти правила не противоречат по-дожениям главы «Агентский договор» или существу этого договора.

ГК выражает в определении каждого договора конкретную договорную конструкцию (договорный тип). Дальнейшие статьи соответствующей главы, а там, где глава разбита на параграфы, входящие в один из них, определенным образом дополняют типовую конструкцию. Наиболее распространенный способ индивидуализации договорного типа (вида) состоит в:

указании в основополагающей, формирующей его статье возможных особенностей, которыми может быть дополнена данная конструкция. Примером может служить посвященная финансированию под уступку денежного требования ст. 824 ГК. В ней, вслед за указанием важнейших обязанностей стороны (одна из них – финансовый агент – передает или обязуется передать другой стороне – клиенту – денежные средства в счет денежного тре

бования клиента (кредитора) к третьему лицу (должнику), вытекающего из предоставления клиентом товаров, выполнения им работ или оказания услуг третьему лицу, а другая – клиент – уступает или обязуется уступить финансовому агенту это денежное требование), предусмотрена возможность включения в договор обязательства последнего: вести для клиента бухгалтерский учет, а равно предоставлять клиенту иные финансовые услуги, связанные с денежными требованиями, которые служат предметом уступки.

Интересные взгляды по поводу смешанных договоров высказывал В.А. Ойгензихт. В своей книге «Нетипичные договорные отношения в гражданском праве» по поводу смешанных или именуемых им «интегрированными» договоров он полагал, что указанные договоры, отличающиеся тем, что «в них все... интегрируется в один комплексный объект», характеризуются следующей особенностью: «В таких договорах исключается применение норм, относящихся не к данному интегрированному договору»'. В этой связи для подобных договоров остается выбор только между основными

положениями обязательственного (договорного) права и аналогией права.

Однако, если учесть, что общая часть обязательственного права далеко не беспробельна (она и не может быть такой), а аналогия права в силу ряда причин практически не используется, отказ от применения относящихся к каждому из «осколков» норм соответствующего поименованного договора поставил бы стороны смешанных договоров и суды, разрешающие соответствующие споры, в крайне затруднительное положение.

' Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Душанбе, 1984. С. 7. Сходную с В.А. Ойгензихтом позицию занимали В.Л.Исаченко и В.В. Исаченко. Они считали, что вообще к непоименованным договорам не должны применяться сходные нормы. В частности, обращалось внимание на то, что не могут распространяться нормы о поставке или соответственно подряда на отношения «о доставке электрической энергии, о пользовании телефоном, водопроводом, безопасным ящиком и пр. и пр.». Единственным способом восполнения пробелов они назвали то, что именуется теперь аналогией права.

«При таком разрешении этих споров суд, несомненно, будет проявлять в известной степени творчество и вводить такие положения, которые положительному законодательству еще совершенно незнакомы, но это будет не превышение пределов власти, а именно та деятельность, которая всегда служила для науки источником при изыскании данных, характеризующих новые явления социальной жизни, а Для законодателя руководящей нитью в деле создания новых законоположений, определяющих вновь неродившиеся отношения между гражданами». Думается, что авторы переоценили роль аналогии права. По крайней мере для послереволюционного законодательства она была скорее принципом, чем реальным способом восполнения пробелов в законодательстве (Исаченко В.В., Исаченко В.Л. Обязательства по договорам. СПб., 1914. С. 54-55.).

В этой связи, полагаем, решения, содержащиеся в п. 2 ст. 421 ГК, оптимальны, имея в виду, что при устойчивости смешанной модели она может сформироваться впоследствии, как справедливо полагал О.Н.Садиков, в самостоятельный договорный тип (вид).

В настоящее время практика, не испытывая колебаний, использует такого рода конструкцию'. Так, стороны заключили договор, по которому одна из них должна была передавать другой сырье, а эта последняя – обработанную продукцию. Суд вначале квалифицировал договор как мену и соответственно применил статьи, относящиеся к этому договору. Однако, по мнению Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, договор в действительности является смешанным, содержащим элементы разных договоров, в том числе и поставки. А в силу действовавших тогда норм о поставках допускалась замена недопоставленных товаров одного наименования перепоставкой товаров другого наименования. Эти нормы и были применены2.

' В свое время сомнения по поводу выделения смешанных договоров как особой конструкции высказывал Л. С. Таль. Соответственно он с большой осторожностью подходил к идее использования применительно к смешанным договорам норм, которые относятся к составляющим их договорным моделям. Понимая невозможность создания на каждый случай новой законодательной модели, он предлагал решить проблему расширением прав суда. Допуская, что такое расширение может повлечь за собой «судебный произвол», он полагал возможным его ограничение, если будут придерживаться трех указанных им принципов: «законопослушания», «целесообразности» и «наибольшего соответствия культурному идеалу». Однако у автора, как он признавался, не было большой уверенности в действенности этих принципов, и в частности в том, что с их помощью можно

защититься от того, что он сам называл «судебной анархией» (см.: ТальЛ.С. Указ. соч. С, 434).

2 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №9. С.66-67.

ГЛАВА V. ДИНАМИКА ЗАКЛЮЧЕННОГО ДОГОВОРА

1. ИСПОЛНЕНИЕ ДОГОВОРА

Динамика сложившегося договорного правоотношения включает в качестве его отдельных стадий исполнение, а наряду с ним изменение и расторжение.

ГК не содержит общих норм об исполнении договоров. В соответствующих случаях регулирование осуществляется обширной главой «Исполнение обязательств» (гл. 22). Кроме того, именно исполнению договорных обязательств посвящена- основная масса специальных норм, которые содержатся в главах об отдельных типах договоров.

Исполнение договора выражается в совершении или воздержании от совершения действий, которые составляют его предмет. При оценке исполнения учитывается, было ли совершено действие, а если да, – то каким образом. В первом случае речь идет об исполнении как таковом, а во втором -о его надлежащем характере. Соответственно ст. 393 ГК, которая открывает главу об ответственности за нарушение обязательств, разграничивает неисполнение (1) и ненадлежащее исполнение (2).

Когда говорят об исполнении как таковом, имеют в виду совершение действий (воздержание от действий) в натуре или иначе – реальное исполнение. Соответственно надлежащее исполнение включает соблюдение комплекса требований, которые определяют, кто и кому должен произвести исполнение, а также каким предметом, когда, где и каким способом это должно быть осуществлено.

Реальное исполнение и надлежащее исполнение тесно связаны между собой. Об этом можно судить хотя бы по двум примерам. Один из них относится к качеству: передача недоброкачественных товаров при невозможности устранить обнаруженные недостатки превращается в неисполнение. Такая же трансформация происходит и при нарушении условия о сроке. Например, если железная дорога доставила груз с просрочкой, налицо ненадлежащее исполнение (нарушено условие о сроке). Но если груз не прибудет в течение 30 дней с момента окончания установленных действующими правилами предельных сроков доставки, то в соответствии со ст. 154 УЖД такой груз считают утерянным, а получатель приобретает право потребовать возмещения. Следовательно, и в этом случае накопление некоторых признаков привело к тому, что ненадлежащее исполнение трансформировалось в другое нарушение: обязательство не исполнено в натуре.

Вопрос о соотношении обоих понятий – «неисполнения в натуре» и «ненадлежащего исполнения» – весьма спорен. По этому поводу были высказаны две противоположные точки зрения. Одна из них сводится к тому, что исполнение в натуре представляет собой составную часть надлежащего исполнения. Так, по мнению Н.И. Краснова: «Надлежащее исполнение является понятием более общим, а реальное исполнение ~ одно из частных требований, входящих в содержание надлежащего исполнения»'. Автор, несомненно, прав, подчеркивая особую связь реального и надлежащего исполнения обязательств. Однако все же, как представляется, между этими понятиями складывается

иное соотношение, чем то, которое присуще целому и его части2.

Реальное и надлежащее исполнение – разноплоскостные явления. В первом выражена сущность исполнения как совершения определенного действия, а во втором – качественная характеристика действия (воздержания от действия). Проверяя, исполнил ли должник обязательство, ставят перед собой два самостоятельных по значению вопроса: совершило ли лицо действие, которое составляет объект соответствующего правоотношения (соблюдено ли требование реального исполнения), и каким образом это действие совершено (соблюдено ли требование надлежащего исполнения)?

Точка зрения, противоположная той, которую высказал Н.И. Краснов, была сформулирована А,В. Бенедиктовым- Он полагал, что надлежащее исполнение ~ часть реального исполнения. «Реальное исполнение договорных обязательств, – писал А.В. Венедиктов, – охватывает надлежащее выполнение всех количественных и качественных показателей: не только своевременную сдачу всего количества предусмотренной договором продукции, но и сдачу ее в условленном ассортименте, в соответствии с утвержденными стандартами и техническими условиями, в комплектном виде, а также своевременное восполнение недостач в отдельных партиях, немедленное исправление допущенных недостатков или замену недоброкачественной продукции продукцией надлежащего качества и т.д.»3

Нетрудно заметить, что автор включил в свой обширный перечень и условия, которым должно соответствовать исполнение, и меры, обеспечивающие выполнение таких условий. В этом широком по объему понятии, призванном выражать особые требования к исполнению обязательства, по-ставлены на одну доску и «долг», и то, что составляет установленные правом последствия его нарушения («восполнение», «исправление», «замена»).

' Краснов Н.И. Реальное исполнение договорных обязательств между социалистическими организациями. М.: Госюриздат, 1959. С, 16.

2 Как правильно отмечает сам Н.И. Краснов, «без реального исполнения все остальные требования стали бы беспредметными в буквальном смысле этого слова» (там же).

3 Венедиктов А.В. Гражданско-правовая охрана социалистической собственности в СССР. М.; Л.: Изд. АН СССР, 1954. С. 164.

Особую позицию занял О.С. Иоффе, по мнению которого принцип реального исполнения является всеобщим. Соответственно обращается внимание на то, что «на стадии нормального развития обязательства он предполагает надлежащее исполнение, а после допущенной должником неисправности – исполнение в натуре»'.

С точки зрения автора можно сделать вывод, что на стадии исполнения (т.е. до нарушения обязательства) все значение реального исполнения сводится к стимулированию действия другого принципа. В чем состоит роль первого на этой стадии остается тем самым не совсем ясным.

В условиях планового хозяйства и порожденной им «карточной системы», установленной для основных участников оборота – социалистических организаций, создавалось гипертрофированное представление о значении реального исполнения. Так, в одноименной работе А.В. Бенедиктова смысл договоров выражался в «договорной дисциплине», а эта последняя означала реальное исполнение договоров2. Причиной такого отношения к реальному исполнению служило то, что связка «деньги-товар» была лишена, по сути, паритета. Для приобретения товара наличия денег оказывалось недостаточно, чтобы совершилась сделка обмена денег на товары. Необходима была

соответствующая легитимация по крайней мере одной из сторон, исходящая от планирующего органа. Тем самым деньги переставали играть роль всеобщего эквивалента. Отсюда и появилась идея о том, что возмещение убытков или взыскание неустойки представляют собой «суррогат реального исполнения»3.

Развитие рыночного хозяйства сделало свободными меновые операции участников оборота по поводу товаров (работ и услуг). Соответственно основной принцип так называемых «хозяйственных договоров» – «никакие денежные выплаты не способны заменить реальное исполнение» – утратил в определенной мере свое значение. Это, однако, не означает, что реальное исполнение перестало вообще играть какую бы то ни было роль. Не следует забывать, что замена передачи товара, выполнения работ или оказания услуг чем-то другим все же далеко не всегда способна удовлетворить нарушенный интерес потерпевшей стороны4.

Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 64. Более подробно об этом же: Договоры в социалистическом хозяйстве- М.: Юрид. лит., 1964. С. 65 и ел. (автор – Иоффе О.С-).

Венедиктов А.В. Договорная дисциплина в промышленности. Л., 1935. Как полагал А.В. Венедиктов, договорная дисциплина сводится к одной цели: «обеспечить реальное выполнение плановых заданий, лежащих в основе советских хозяйственных договоров « {Венедиктов А.В. Указ. соч. С. 7).

См., например: Венедиктов А.В. Указ. соч. С. 14.

Об этом можно судить по тому, что хотя и не так часто, но иски об исполнении обязательства в натуре все же заявляются в арбитражные суды. Один из примеров -

По этой причине проблема реального исполнения продолжает стоять

перед законодателем'.

С требованием исполнения обязательства в натуре справедливо связывали, как отмечалось, недопустимость замены обусловленного действия (передачи определенной вещи, выполнения определенной работы и др.) денежным эквивалентом. Однако в этом выражается не сущность самого требования, а лишь одно из возможных его проявлений. Поэтому следует признать, что нет оснований исключать из сферы действия принципа реального исполнения денежные обязательства, которые в отличие от всех прочих даже в своем нормальном состоянии имеют предметом определенную денежную сумму. Ссудополучатель, не возвращающий в срок полученные суммы, покупатель, который своевременно не оплачивает поставленные товары, тем самым нарушают требование реального исполнения обязательств. Именно по этой причине охранительные обязательства в основном совпадают: в том и в другом случае речь может идти о возмещении убытков, использовании неустойки и других способах обеспечения исполнения обязательств. Применительно к тому и другому случаю в равной мере, хотя и в разных формах, может быть поставлен вопрос о принудительном исполнении.

Имущественные меры понуждения в зависимости от того, приводит ли их использование к поставленной цели (исполнению обязательства в натуре) только косвенно или прямо, можно объединить в две группы. В первую входят такие меры, которые обеспечивают реальное исполнение. Угроза их применения вынуждает нарушителя договора исполнить принятое на себя обязательство в натуре. Вторую составляют меры понуждения, выражающие реальное исполнение.

случай, когда ассоциация крестьянских хозяйств потребовала возврата ей в натуре сданного на

хранение элеватору зерна. Отказ в иске был связан только с тем, что, как оказалось, представитель истца в действительности получил взамен переданной пшеницы отечественного производства такое же количество турецкой пшеницы, а потому может претендовать только на разницу в цене (Вестник Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 11. С. 50-51).

И.А. Покровский, имея в виду, естественно, свободный рынок, указывал: «Теоретически наиболее идеальным средством было бы такое, которое доставляло бы кредитору именно то, что составляет содержание обязательства, и там, где это технически возможно, праву нет никаких оснований отказываться от исполнения in natura. Лишь там, где это невозможно или по тем или другим соображениям нецелесообразно, приходится довольствоваться средствами косвенными». И далее, сопоставляя исполнение в натуре с возмещением убытков, он делал упор на первом, ссылаясь на «практическую целесообразность» (Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 233-234).

В действующем ГК среди мер, предназначенных специально для обеспечения реального исполнения, можно назвать прежде всего общее правило о недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства и одностороннего изменения его условий, закрепленное в ст. 310 ГК. Соответствующее требование адресовано той стороне договора, которая выступает в роли должника. Однако эта статья, рассчитанная на все вообще обязательства, дополняется статьями гл. 29 ГК. Из них следует, что одностороннее расторжение или изменение договора в принципе недопустимо независимо от того, идет ли речь об обязательстве должника или о правах кредитора.

К числу мер обеспечения реального исполнения относятся и те, которые имеются в виду п. 1 ст. 396 ГК. Указанный пункт презюмирует сохранение необходимости при ненадлежащем исполнении исполнить обязательство в натуре, несмотря на уплату неустойки и возмещение убытков. В отличие от этого при неисполнении действует обратная презумпция: в пользу того, что возмещение убытков и уплата неустойки за нарушение освобождают должника от исполнения обязательства в натуре (п. 2 ст. 396 ГК). Одним из примеров может служить п. 18 Порядка организации поставки и перевозки продукции (товаров) для обеспечения народного хозяйства и населения районов Крайнего Севера и приравненных к ним местно-стей. Закрепив общее требование – транспортные организации и предприятия обеспечивают своевременное и полное выделение грузоотправителям в соответствии с их заявками вагонов и универсальных контейнеров для отгрузки продукции (товаров) в указанные районы и местности. Названный Порядок определил, что по требованию грузоотправителей при непредоставлении в установленный срок перевозочных средств транспортные организации выделяют для восполнения недогруза продукцию (товары) в течение следующего месяца данного квартала. Перевозочные средства, не предоставленные в последнем месяце квартала, восполняются в первом месяце следующего квартала".

Более широкое значение имеет п. 1 ст. 511 ГК, который включил общее правило: поставщик, допустивший нарушение в отдельном периоде поставки, обязан восполнить недопоставленное количество товаров в следующем периоде (периодах) в пределах срока действия договора поставки. При этом «иное» может быть предусмотрено договором. С приведенной нормой связана ст. 521 ГК, устанавливающая, что при недопоставке или просрочке поставки неустойка взыскивается с поставщика до фактического исполнения обязательства в пределах его обязанности восполнить недопо-

Указанный Порядок утвержден Постановлением Совета Министров – Правительства Российской

Федерации от 6 марта 1993 г. (см.: Собрание актов Российской

Федерации. 1993. № 11'. Ст. 941).

ставленное количество продукции (товаров) в последующие периоды поставки. Приведенная норма также допускает «иное» – в законе или договоре.

Аналогичное правило действует и в другом виде того же типа договоров – розничной купле-продаже; при нарушении обязательства продавцом возмещение убытков и уплата неустойки не освобождают его от исполнения обязательства в натуре (ст. 505 ГК).

К той же категории мер относятся способы обеспечения исполнения обязательств. Некоторые из них оказывают воздействие на имущество должника непосредственно (помимо неустойки, имеются в виду залог, задаток, удержание), а другие – косвенно, как результат регрессных требований (поручительство, банковская гарантия).

Наконец, можно указать и на процессуальные средства, обеспечивающие реальное исполнение принятого решения. Речь идет о судебных штрафах. Процессуальное законодательство не знало длительное время института, подобного astreinte, при котором на лицо, которое должно осуществлять определенное действие в силу заключенного им обязательства, возлагается судом штраф, взыскиваемый за каждый день просрочки исполнения судебного решения о совершении определенного действия (в частности,

передачи вещи).

Аналогичные нормы имеются теперь в процессуальном законодательстве.

Речь идет прежде всего о мерах, предусмотренных Законом «Об исполнительном производстве»'. Так, ст. 85 («Ответственность за неисполнение исполнительного документа, обязывающего должника совершить определенные действия или воздержаться от их совершения») допускает вынесение постановлений о возложении на такого должника, не исполнившего решения в срок. установленный судебным приставом, штрафа в размере до 200 минимальных размеров оплаты труда с назначением ему нового срока для исполнения, при этом при последующих нарушениях должником без уважительных причин новых сроков исполнения исполнительного документа размер штрафа каждый раз удваивается. Закон дополняет эту меру указанием на то, что повторное неисполнение без уважительных причин исполнительного документа влечет привлечение гражданина или должностного лица к административной или уголовной ответственности.

Способом обеспечения исполнения судебного решения и тем самым исполнения в натуре обязательства, являющегося предметом иска, служит предусмотренное законом (ст. 51) наложение ареста на имущество или денежные средства, принадлежащие ответчику.

Прямое исполнение в натуре в силу вынесенного решения осуществляется, как предусмотрено законом (ст. 56), путем изъятия у должника соответствующих предметов.

1 См.; Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 30. Ст. 3591.

Вещные элементы в обязательственном праве, подобные тем, которые имелись, например, в проекте книги пятой Русского гражданского уложения, существовали, как уже отмечалось, в ГК 64. Имеются в виду ст. 217 («Последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь»), предусматривавшая возможность заявления в соответствующих случаях требования об

отобрании вещи у должника и передаче ее кредитору, и ст. 218 («Последствия неисполнения обязательства выполнить определенную работу») – о возможности для кредитора выполнить предусмотренную в обязательстве работу за счет должника.

Аналогичные нормы, на что уже обращалось внимание, вошли в состав ГК. Первая, ранее находившаяся в разделе об ответственности, теперь помещена в главу об исполнении обязательств. Имеется в виду ст. 398 ГК, в силу которой при неисполнении в натуре обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, в хозяйственное ведение, в оперативное управление или возмездное пользование кредитор вправе требовать отобрания ее у должника и передачи ему на условиях, которые обусловлены связывающим их обязательством. Право кредитора требовать передачи индивидуально-определенной вещи, которая составляет предмет договора, отпадает, если эта вещь уже передана третьему лицу, имеющему на нее право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления. А.С. Комаров справедливо усматривает в этом «принцип приоритета вещно-правовых полномочий над обязательственными»'. Кроме разнородности прав учитывается и еще одно обстоятельство: до передачи вещи соблюдается приоритет того, у кого обязательство возникло раньше, а если это установить нельзя, приоритетом пользуются права того, кто раньше предъявил иск.

Приведенным материально-правовым средствам корреспондирует ст. 131 (п. 2) Арбитражного процессуального кодекса РФ, которая допускает в необходимых случаях указание в решении на право истца в случае неисполнения ответчиком решения, обязывающего его совершить определенные действия, совершить самому соответствующие действия, сохраняя право взыскать необходимые расходы с ответчика.

Возможность требовать передачи вещи в случае, предусмотренном в ст. 398 ГК, составляет альтернативу права требовать возмещения убытков;

при этом за кредитором сохраняется возможность выбора между двумя этими последствиями. Однако указанная статья отнюдь не исключила применения общей нормы – ст. 393 ГК и соответственно заявления требований о возмещении убытков. Естественно, что при этом сохраняется различие в характере убытков: в одних случаях – это убытки, причиненные неиспол-

Граяаданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий. С. 598.

нением договора, а в других – ненадлежащим исполнением (убытки от несвоевременной передачи).

Преемницей ст. 218 ГК64 стала ст. 397 ГК1. Эта последняя признает за кредитором при неисполнении должником обязательства изготовить либо передать вещь в собственность, в хозяйственное ведение, в оперативное управление или передать вещь в пользование кредитору либо выполнить для него определенную работу или оказать ему определенную услугу право исполнить обязательство самому. При этом кредитору предоставляется возможность сделать это собственными силами или поручить в разумный срок с оплатой по разумной цене третьему лицу. Материальные последствия того или другого варианта несет неисправный должник. Имеется в виду обязанность последнего, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, договора или существа обязательства, возместить кредитору понесенные этим необходимые расходы и другие убытки. Естественно, что указанная мера может быть использована только применительно к обязательствам, в которых исполнение не связано с личностью должника2.

Сходная норма содержится и применительно к договору купли-продажи. Речь идет о том, что в случае, когда в разумный срок после расторжения договора покупателем из-за нарушения обязательства продавцом покупатель вынужден купить товар у кого-либо по разумной, но более дорогой цене, он вправе потребовать от продавца возмещения разницы между уплаченной и договорной ценой (п. 1 ст. 524 ГК).

Последний по счету вариант состоит в использовании для достижения непосредственно реального исполнения определенных способов обеспечения обязательств. Речь идет именно о денежных обязательствах. Имеются в виду случаи, когда, например, при невозврате соответствующей суммы денег она взыскивается с поручителя либо банка-гаранта, либо покрывается путем продажи заложенной (удерживаемой) вещи, либо удерживается из полученного задатка.

' Прообразом ст. 218 ГК 64 и ст. 397 ГК можно считать ст. 134 Проекта книги пятой Гражданского Уложения; в случае неисполнения должником обязательства, имеющего предметом совершение действия, для которого не требуется личного участия должника, веритель вправе совершить действие за счет должника. Приведенная норма имела существенное ограничение: поступить подобным образом кредитор мог, по общему правилу, лишь с разрешения суда. 2 Приведенная ст. 397 ГК корреспондирует ст. 201 Гражданского процессуального кодекса, допускающей включение соответствующего указания на возможность исполнения самим истцом решения суда, если речь идет о совершении действий, не связанных с передачей имущества или денежных средств.

Надлежащее исполнение, которому, в отличие от реального исполнения, практически целиком посвящена гл. 22'ГК «Исполнение обязательства», включает в себя ряд элементов.

1. Исполнение обязательства надлежащему лицу (ст. 312 ГК). Соответствующая норма представляет собой одну из новелл Кодекса. Ее смысл состоит в возможности возложения на должника в случае, когда иное не предусмотрено соглашением сторон или не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства, риска вручения исполнения ненадлежащему лицу. Из этого следует, что при возникновении по данному поводу спора бремя доказывания соответствующего факта (исполнение вручено самому кредитору или управомоченному им лицу) возлагается на должника. Для защиты его интересов последнему предоставляется ст. 408 ГК (ранее – ст. 228 ГК 64) право потребовать указанных в этой статье доказательств того, что исполнение действительно произведено, а при отказе кредитора выполнить соответствующее требование – задержать исполнение.

2. Исполнение надлежащим лицом (ст. 313 ГК). Как и в ГК64 (ст. 171), в действующем Кодексе закреплена презумпция: передача исполнения третьим лицом рассматривается как надлежащее исполнение, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа. Во всех случаях исполнения обязательства другим лицом должник продолжает занимать свое место в обязательстве. Таким образом, речь идет лишь о судьбе обязательства как такового (п. 1 ст. 313 ГК).

Новым является возможность исполнения обязательства третьим лицом в собственном интересе последнего. При этом установлены границы такого интереса: вследствие обращения кредитором взыскания на имущество у третьего лица возникает опасность утратить право на вещь (в качестве примера указаны права аренды и залога). Соответствующая норма, которая допускает такое исполнение третьим лицрм без согласия как кредитора, так и должника, носит императивный характер (п. 2 ст. 313 ГК). При этом с исполнением обязательства третье лицо автоматически занимает в нем место прежнего кредитора.

3. Исполнение надлежащим предметом (ст. 320 и 317 ГК). Соответствующее требование означает, что предмет исполнения договора (обязательств), – им называют ту вещь, работу или услугу, которую в силу обязательства должник обязан передать, выполнить или оказать кредитору', по всем своим параметрам, количественным и качественным, должен соответствовать требованиям, которые закреплены в законе, иных правовых актах и договоре.

В договоре может быть предусмотрено несколько предметов обязательства, из которых исполнено оно должно быть только одним. Предмет

См.: Гражданское право. Т. I. СПб., 1996. С, 472.

исполнения могут представлять собой либо различные виды подлежащего передаче имущества (например, фармацевтическая фабрика принимает обязательство поставить торговой фирме лекарства А или Б), либо совершение различных действий (например, в таком же договоре поставки предусмотрено исполнение путем доставки транспортом продавца или вывоза транспортом покупателя или отгрузки железнодорожным, водным, воздушным, автомобильным транспортом). Во всех подобных случаях речь идет об альтернативных обязательствах. В такого рода обязательствах право выбора может принадлежать стороне – либо должнику, либо кредитору. Сама ст. 320 ГК закрепляет право выбора за должником, если иное не вытекает из закона, другого правового акта или условий обязательства (условий договора).

Особенность альтернативного обязательства проявляется применительно к ситуации, когда возникла при отсутствии вины как той, так и другой стороны невозможность его исполнения одним из указанных предметов (в первом примере производство лекарств типа А запрещено вследствие обнаружившейся опасности для здоровья человека, а во втором – в период поставки имели место конвенционные запрещения на транспорте). Если исполнение одним из нескольких предметов сделалось невозможным, в случаях, когда право выбора принадлежит должнику, обязательство сохраняет силу, но с единственным (оставшимся) предметом исполнения. Иное дело, если соответствующим правом наделен кредитор. Тогда альтернатива сохраняется, но уже в ином варианте. Имеется в виду, что кредитор может выбрать сохранившийся предмет обязательства либо отказаться от обязательства, взыскав причиненные убытки (если только должник не сможет доказать отсутствие своей вины, а должник – предприниматель – действие непреодолимой силы).

От альтернативных отличаются факультативные обязательства. Смысл последних состоит в том, что они имеют только один предмет, но за должниками закреплено право его замены. Например, в договоре одной из московских фирм на поставку ей горючего, предусмотрено, что речь идет о бензине марки «72», но с правом замены его бензином марки «93». Завод производит бензин марки «72» в этилированном варианте. Между тем уже после подписания договора мэром г.Москвы принято постановление, запрещающее заправку автомашин этилированным бензином. Поскольку при таком обязательстве есть только единственный предмет, у поставщика возникает возможность выбрать один из двух вариантов: либо поставлять бензин марки «93», либо расторгнуть договор по причине невозможности исполнения обязательства. Настаивать на поставке ему бензина марки «93» в этих условиях покупатель не вправе.

Так же как и его предшественники, ГК не упоминает факультативных обязательств. Однако это не может служить препятствием для их использования по аналогии с тем, как это сделано в отношении непоименованных договоров. По указанной причине а споре С.Н. Ландкофа, считавшего, что факультативные обязательства не могут применяться, поскольку в отличие от альтернативных они не

упомянуты в законе, с О.С. Иоффе', допускавшим на равных применение и альтернативных и факультативных обязательств, следует согласиться со вторым автором2. Однако естественно, что при отсутствии специального урегулирования факультативных обязательств их специфика должна быть определена в конкретном договоре.

Существуют специальные правила, которые относятся к денежным обязательствам (ст. 317 ГК). Общая на этот счет норма предусматривает, что такие обязательства должны выражаться и исполняться в рублях, а если они выражены в иностранной валюте или в условных денежных единицах, то, по крайней мере, исполнять их следует в рублях по официальному курсу. Случаи, порядок и условия расчетов в иностранной валюте или платежными документами в иностранной валюте определяются законом или в установленном им порядке (п. 2 ст. 140 ГК). В частности, можно сослаться на Законы «О валютном регулировании и валютном контроле» (ст. 99)3, «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (глава IV)4.

В самом ГК в развитие ст. 75 Конституции РФ, признающей денежной единицей в РФ рубль и не допускающей введения и эмиссии других валют в РФ, соответствующим вопросам посвящены ст. 140 (п. 1) и 861. Первая из них устанавливает, что рубль является законным платежным средством, обязательным к приему по нарицательной стоимости на всей территории РФ. Вторая определяет правовые основания для расчетов наличными и безналичными. Право выбора между этими двумя формами принадлежит самим гражданам. При расчетах между юридическими лицами, а также с участием граждан-предпринимателей оплата наличными деньгами может быть ограничена в установленном порядке.

' См.: Ландкоф С.Н. Предмет обязательства в альтернативном обязательстве // Советское государство и право. 1956. № 6. С. 118-119; Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 92-93.

С.Н. Ландкоф все же не учел, что обязательства, формируемые самими сторонами, а значит, и договорные, могут выходить за рамки действующего законодательства, восполняя его пробелы. Отказ от факультативных обязательств мог бы считаться обоснованным только при условии, если бы императивная норма закона содержала запрет на факультативные обязательства. А этого-то как раз и не было.

См.: Ведомости Российской Федерации. 1992. № 45. Ст. 2542. См.; Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 18. Ст. 1592.

ГК выделяет очередность удовлетворения требований по денежному обязательству при недостаточности суммы платежа (ст. 319 ГК): вначале, если иное не предусмотрено соглашением, погашаются издержки по получении исполнения, затем проценты, а в оставшейся части – основная сумма долга. Редакция соответствующей статьи представляет интерес прежде всего с точки зрения правовой природы процентов. Не делая в этом смысле различия между издержками, основной суммой долга и процентами, она рассматривает, в частности, последние именно как долг, а не ответственность. То обстоятельство, что проценты являются долгом, выражается, в частности, в отсутствии связи между возможностью их взыскания и наличием оснований ответственности, а также в недопустимости их уменьшения по требованию должника'. Ранее были высказаны по этому поводу и другие взгляды. Так, по мнению Б.И.Пугинского, «проценты годовых представляют собой особый вид имущественной ответственности наряду с возмещением убытков и уплатой неустойки»2. Следует отметить, что Государственный Арбитраж при Совете Министров СССР в свое время занял по этому поводу прямо противоположную позицию: «Эта мера имущественного воздействия является платой

за пользование чужими средствами, а не видом санкций»3.

4. Исполнение в надлежащем месте (ст. 316 ГК)^ Определение места исполнения обязательства имеет значение не только для решения вопроса о том, где сторона-должник обязана произвести исполнение, но и для некоторых иных вопросов, связанных с исполнением обязанностей. В частности, от места исполнения зависит решение вопроса о распределении расходов по доставке предмета исполнения.

Место исполнения может быть прямо указано в законе, ином правовом акте или договоре. Например, при заключении договора перевозки пасса-

1 См. об этом: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР. М-: Юрид. лит,, 1982. С. 270, а также; Договорное право стран – членов СЭВ и СФРЮ: Общие положения-1986. С- 469-470 (автор главы – Брагинский М.И.). Аналогичную позицию занимали; Вшкова Н.Г. Проценты годовых по денежным обязательствам из договора внешнеторговой купли-продажи – ТПП СССР // Материалы секции права, 34. М., 1983. С. 60 и ел. ; Розенберг М.Г. Некоторые вопросы применения общих условий поставок СЭВ в практике Внешнеторговой арбитражной комиссии ТПП СССР:

Материалы секции права, 34. М-, 1975. С. 48. Подробное обоснование соответствующего вывода см.: Розенберг М.Г. Ответственность за неисполнение денежного обязательства, Комментарий к ГК Российской Федерации. М.: Международный центр финансово-экономического развития. 1995.

Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных обязательствах. М.: Юрид. лит., 1984. С. 140.

3 Систематизированный сборник инструктивных указаний Государственного арбит-' ража при Совете Министров СССР. М.: Юрид. лит., 1983. С. 162.

жиров в билете указывается место, до которого транспортное предприятие обязуется доставить пассажира. В некоторых случаях место исполнения вытекает из существа соответствующей обязанности. Так, очевидно, происходит с местом исполнения обязательства, возникшего в результате приобретения билета на футбольный матч. Наконец, место исполнения может вытекать из обычаев делового оборота.

В случаях, когда место исполнения не определено ни одним из названных выше способов, исполнение должно производиться:

а) по обязательству передать земельный участок, здание, сооружение или другое недвижимое имущество – в месте нахождения имущества. Имеется в виду передача недвижимости не только в собственность, но и в пользование или иное вещное или обязательственное право, Данное правило распространяется на все объекты, неразрывно связанные с землей (колодец, плотина и т.д.), поскольку их перенос на другое место также невозможен без причинения несоразмерного ущерба их хозяйственному назначению. Когда же строение продается на снос, возможно и иное место исполнения обязательства. Однако исполнение в месте нахождения недвижимости имеет значение общего правила. Есть причины полагать, что соответствующая норма ст. 316 ГК подлежит ограничительному толкованию; нет оснований для ее распространения на недвижимые вещи, указанные в ч. 2 п. 1 ст. 130 ГК (воздушные и морские суда и др.);

б) по обязательству передать товар или иное имущество, если это обязательство предусматривает его перевозку, – в месте сдачи имущества первому перевозчику для доставки его кредитору. Таким образом, местом исполнения признается станция (порт, пристань, аэропорт и т.п.) отправления.

Соответствующая норма в равной мере действует тогда, когда перевозка осуществлялась одним видом транспорта (прямая перевозка) и двумя или более (смешанная);

в) по другим обязательствам сторон, в роли которых выступает предприниматель, (передать товар или иное имущество) в месте изготовления либо хранения имущества, если это место было известно кредитору в момент возникновения обязательства. В отличие от предшествующего абзаца ст. 316 ГК в данном, во-первых, речь идет только о ситуации, при которой хотя бы одна из сторон – та, которая передает имущество, – выступала в качестве предпринимателя, и, во-вторых, передача имущества не связана с его перевозкой (например, если предполагается, что доставка предмета обязательства будет произведена транспортом контрагента или привлеченной им организации);

г) по денежному обязательству – в месте жительства кредитора (в случаях, когда речь идет о юридическом лице, – в месте его нахождения) в момент возникновения обязательства.: Если кредитор к моменту исполне-

ния обязательства изменил место жительства (место нахождения), при этом известил о таком изменении контрагента, местом исполнения признается новое место жительства (место нахождения), с тем что дополнительные расходы падают на контрагента стороны – должника.

д) по всем другим обязательствам – в месте жительства стороны должника-гражданина или в месте нахождения должника– юридического

лица.

5. Исполнение в надлежащий срок (ст. 314 и 315 ГК). Нарушением указанного требования может служить как просрочка исполнения, так и досрочное исполнение. Применительно к досрочному исполнению, как уже отмечалось, ГК проводит дифференциацию в зависимости от характера опосредованной договором деятельности. Если эта деятельность является предпринимательской, вступает в силу презумпция в пользу запрещения такого исполнения. И наоборот, если речь не идет о предпринимательской деятельности, в интересах должника презюмируется его право исполнить обязательство по своему выбору: либо в установленный срок, либо досрочно. Как это имеет место в большинстве других норм о надлежащем исполнении, допускается другой, отличный от включенных в ГК правил порядок, ;

предусмотренный законом, иными правовыми актами или условиями обо- ;

рота либо вытекающий из существа обязательства или обычаев делового оборота. Выше уже обращалось внимание на то, что презумпция недопус- л тимости досрочного исполнения установлена специально в отношении договора займа, но уже в зависимости от его возмездности: сумма займа, выданного под проценты, может быть возвращена досрочно только с согласия заимодавца (п. 2 ст. 810 ГК).

ГК выделил новую категорию – «жесткие сроки». Речь идет о случае, .когда из самого договора вытекает, что, если должник нарушит указанный в договоре срок, кредитор заведомо утратит интерес к исполнению. Это означает, что не только досрочное, но и исполнение после срока требует всякий раз предварительного согласия на то покупателя. Указанное правило действует, в частности, применительно к договорам купли-продажи со. строго определенным сроком исполнения (п. 2 ст. 457 ГК). ,

6. Исполнение надлежащим способом. Подобно ГК 64, в действующем Кодексе закреплена

презумпция в пользу того, что исполнение обязательства по частям является ненадлежащим, а потому кредитор вправе отказаться от его принятия (ст. 311 ГК). Приведенное решение, естественно, имеет особое значение для ситуации, при которой речь идет об отношениях между предпринимателями или, по крайней мере, такими, в которых предприниматель – кредитор

Особые правила ГК регулируют ситуации со множественностью лиц на стороне должника и (или) кредитора. Действующий Кодекс сохраняет в

основном регулирование, которое имело место в ГК 64. Сюда относятся нормы, закрепляющие презумпцию в пользу долевого обязательства со множественностью лиц в любом ее варианте (ст. 32 ГК). Соответственно солидарность возникает в случаях, когда это прямо предусмотрено законом или договором, прежде всего при неделимости предмета. Противоположная презумпция закреплена в ГК применительно к предпринимательским обязательствам: солидарность – это правило, долевой характер – исключение из правила. Отмеченное различие в подходах в зависимости от субъектного состава обязательства объясняется, как можно полагать, тем, что общее правило ставит целью защиту интересов каждого из содолжников, а исключение, учитывающее связь обязательства с предпринимательством, защищает интересы кредитора. А это имеет особое значение для той части оборота, которая связана с предпринимательской деятельностью,

ГК сохраняет применительно к множественности лиц все те нормы, которые существовали в ГК 64 (ст. 323 ГК). Так, и по нынешнему Кодексу сущность солидарности на стороне кредиторов состоит в предоставлении им права предъявлять требования как всем должникам совместно, так и любому из них в отдельности (в последнем случае как в полном объеме, так и в части долга). При этом. если кредитор не получил полного удовлетворения от одного из солидарных должников, он имеет право требовать недополученное от остальных солидарных должников. Гарантии защиты интересов кредиторов содержит прежде всего норма, в силу которой солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не будет исполнено в полном объеме. Еще одной гарантией интересов кредиторов служит запрещение должнику выдвигать против их требований такие возражения, которые имеют основанием отношения с кредитором других должников, т.е. отношения, в которых данный должник не участвует.

Последствием исполнения обязательств одним из солидарных должников служит освобождение всех остальных от исполнения кредитору, а также возникновение к ним у того, кто исполнил обязательство, регрессно-го требования, при этом в равных долях за вычетом той, которая падает на него самого (ст. 325 ГК). Такой же принцип долевой ответственности содолжников действует и тогда, когда один из них не исполнил обязательства перед тем, кто обратился с регрессным требованием (имеется в виду, что за него в равной доле отвечают остальные должники).

Специальная статья, посвященная солидарным требованиям (ст. 326 ГК), включает, подобно ст. 184 ГК 64, право предъявлять к должнику требования в полном объеме, запрещает ему выдвигать против требований одного из солидарных кредиторов возражения, основанные на отношениях этого должника с другими кредиторами, в которых данный кредитор не Участвовал. В последствия исполнения требований одному из кредиторов

входят освобождение должника от обязательства и вместе с тем возникновение у солидарного кредитора, который получил исполнение от должника, обязательства возместить причитающееся другим кредиторам, при этом указанное обязательство также носит долевой характер.

ГК содержит две новеллы в вопросах, посвященных солидарности в обязательстве. Первая выражается в том, что правила о последствиях исполнения солидарной обязанности одним из содолжников распространяются и на случаи, когда солидарное обязательство прекращается зачетом встречного требования одного из содолжников (разумеется, для совершения самого зачета необходима воля хотя бы одной из сторон в обязательстве). Вторая, защищая интересы должника при солидарности на стороне кредитора, предоставляет ему право до того, как хотя бы один из сокредиторов предъявит свое требование, исполнить обязательство любому из солидарных кредиторов. Следовательно, такое исполнение признается надлежащим.

Заслуживает внимания то обстоятельство, что ГК предусмотрел теперь особую, до сих пор не известную законодательству о строительном подряде (подряде на капитальное строительство) правовую конструкцию, используемую при участии в соответствующих отношениях ряда подряди чиков. Имеется в виду, что ранее применялись только две структуры договорных связей: «генеральный подряд» (заказчик заключает договор с генеральным подрядчиком, а последний, в свою очередь, вступает в отношения с субподрядчиками) и прямые договоры (параллельно с генеральным подрядчиком заказчик заключает отдельные договоры по поводу выполнения работ, не охваченных договором генерального подряда). Теперь к этим двум конструкциям прибавилась третья. Суть ее состоит в том, что подрядчики могут, объединившись, заключить один договор с заказчиком. И в тех случаях, когда предмет обязательства неделим, что чаще всего бывает при строительном подряде, эти лица признаются по отношению к заказчику солидарными должниками и соответственно солидарными кредиторами. А при делимости предмета договора взаимные обязательства указанных лиц перед заказчиком носят долевой характер, т.е. каждый из них является носителем прав и обязанностей в пределах своей доли.

Специальным способом исполнения служит внесение долга в депозит нотариуса или суда (ст. 327 ГК). Необходимость депозита связана с отсутствием кредитора или уполномоченного им для принятия исполнения лица в месте, где должно быть произведено исполнение, с недееспособностью кредитора и отсутствием у него представителя, очевидным отсутствием определенности по поводу того, кто является кредитором в обязательстве, в том числе и в связи с возникшим спором по этому поводу между кредитором и другими лицами, а также уклонением кредитора от принятия испол

нения или иной просрочкой с его стороны. При всем разнообразии оснований депозита все они влекут одни и те же последствия: внесение денег или ценных бумаг в депозит признается надлежащим исполнением, В обязанность депозитария (нотариуса или суда) входит извещение кредитора о принятом исполнении.

Отдельные ситуации, возникающие при исполнении обязательства внесением долга в депозит, предусмотрены п. 6 ст. 720 и ст. 738 ГК. Первая из указанных двух статей предусматривает, что при уклонении заказчика от принятия выполненной работы более месяца подрядчик вправе после двукратного предупреждения продать результаты работ, а при уклонении заказчика от принятия вырученной суммы – передать ее в депозит нотариуса или суда.

Аналогичным правом продажи объекта подряда и передачи вырученной суммы в депозит нотариуса или суда наделен подрядчик и при бытовом подряде. Однако порядок осуществления права в этом случае несколь' ко иной. Имеется в виду, что ст. 738 ГК удлиняет соответствующий срок до двух месяцев, требует однократного письменного предупреждения и особо предусматривает необходимость продажи соответствующей вещи «по разумной цене».

Прекращение обязательства при таком способе исполнения, как следует из п. 2 ст. 327 ГК, наступает в момент внесения денег нотариусу (суду). По этой причине вызывает некоторые возражения то, что & арбитражной практике иногда неполучение кредитором денег, находящихся в депозите, расматривается как уклонение от принятия исполнения. Именно так были расценены в одном из рассмотренных арбитражем дел действия продавца: несмотря на письменное уведомление нотариусом о наличии в депозите денег, которые внес покупатель, продавец не сообщил нотариусу данные, необходимые для перечисления на его расчетный счет внесенной в оплату за проданное недвижимое имущество суммы. Между тем в действительности к моменту, когда нотариус принимал меры к отысканию кредитора, обязательство покупателя уже прекратило свое действие и было заменено обязательством нотариуса выплатить находящуюся в депозите сумму покупателю.

2. ИЗМЕНЕНИЕ И РАСТОРЖЕНИЕ ДОГОВОРА

ГК, впервые включивший в качестве самостоятельного подраздела «Общие положения о договоре», выделил в последнем специальную главу, посвященную его изменению и расторжению (гл. 29). В главе прежде всего четко разграничены изменение и расторжение договоров, происшедшие как по соглашению сторон, так и по требованию одной из них. Для обоих этих "снований установлены прямо противоположные презумпции. Имеется в

виду, что возможность изменения и расторжения договора по соглашению сторон презюмируется диспозитивной нормой (п. 1 ст. 450 ГК), при этом «иное» может быть установлено самим Кодексом, другими законами либо договором. В отличие от этого одностороннее изменение допускается только в случаях, прямо предусмотренных Кодексом, другими законами или договором (п. 2 ст. 450 ГК).

К соглашению, о котором идет речь, предъявляются определенные требования. Так, оно должно быть совершено непременно в той же форме, что и первоначальный договор. Имеются в виду случаи, когда основной договор заключается в письменной, простой или нотариальной форме. Поскольку соглашение представляет собой обычную или многостороннюю сделку, к нему предъявляются общие требования, предусмотренные в гл. 9 ГК («Сделки»). Подразумеваются требования к его содержанию, к воле и волеизъявлению сторон и др.

Наделение сторон столь широкой возможностью определять судьбу договора составляет одно из прямых выражений договорной свободы; те, кто обладают правом по собственной воле заключать договор, должны быть в принципе столь же свободны в вопросах о его расторжении или изменении отдельных договорных условий.

Особенность одностороннего изменения или расторжения договора состоит в отсутствии согласия контрагента. Имеется в виду, что если бы этот последний не возражал против изменения или расторжения договора, предложенного стороной, речь пошла бы об ином основании; соглашении между контрагентами.

ГК и иные правовые акты широко используют наряду с «изменением» и «расторжением» еще один термин – «отказ (односторонний отказ) от исполнения». В соответствии с действующим Кодексом (п. 3 ст. 450) в случае, если это допускается законом или соглашением сторон, односторонний отказ от исполнения договора полностью или частично приводит к тому. что договор считается соответственно измененным или расторгнутым. Так, .в силу п. 2 ст. 610 ГК в договоре аренды, заключенном на неопределенный срок, каждая из сторон вправе в любое время отказаться от

договора, предупредив об этом контрагента в установленный Кодексом срок.

Изменение договора в смысле, который ему придается в гл. 29 ГК, имеет строго определенные границы. В подобных случаях меняются конкретные условия договора, но не его модель. В соответствующие рамки укладывается, в частности, замена в договоре поставки предмета, например, вместо угля сланец, или способа исполнения – вместо отгрузки железнодорожным транспортом так называемый «самовывоз» и т.п. Иное дело, когда в договоре купли-продажи, другом возмездном договоре образовывается задолженность стороны по договору и он превращается в заемное обя

зательство: в силу ст. 818 ГК такая замена долга заемным обязательством принимает форму новации, представляющей собой особый вид прекращения договора, а не его изменения.

Следует отметить, что при всем различии в основаниях и форме изменения и расторжения договора и то и другое в равной мере признаются совершенными с момента заключения соответствующего соглашения при условии, что «иное» не вытекает из этого соглашения или из характера изменения договора. Если же основанием для трансформации служит судебное решение, договор считается измененным или расторгнутым с момента вынесения указанного решения (п. 3 ст. 453 ГК).

Принцип нерасторжимости договора в форме недопустимости одностороннего отказа от исполнения выражен в ст. 310 ГК, которая рассчитана на все обязательства как таковые независимо от того. возникли ли они из договора или иного, недоговорного основания. Указанная статья вначале закрепляет общее положение, которое ранее содержалось в ст. 169 ГК64:

односторонний отказ от исполнения обязательств и одностороннее изменение его условий не допускаются, кроме случаев, предусмотренных в законе, Об указанных случаях идет речь в нормах, которые входят в состав различных институтов гражданского права. Так, в самом ГК выделено прежде всего расторжение договора, связанное с прекращением юридических лиц. Имеется в виду предоставление кредитором реорганизованного юридического лица в порядке, предусмотренном ст. 60 ГК, права требовать прекращения или досрочного исполнения обязательств. Аналогичные права, смысл которых состоит в переносе срока исполнения, возникают у кредиторов при уменьшении уставного капитала (фонда) в обществе с ограниченной ответственностью (п. 5 ст. 90 ГК), акционерном обществе (п. 1 ст. 101 ГК) или унитарном предприятии (п. 6 ст. 114 ГК), при продаже или сдаче в аренду предприятия, в состав которого входят их обязательства (п. 2 ст. 562 и п. 2 ст. 567 ГК).

Общая норма относительно недопустимости, как правило, одностороннего отказа от исполнения или изменения договора смягчается в той же ст. 310 ГК применительно к отношениям, «связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности». Судя по редакции соответствующей нормы, в ней подразумевается ситуация, при которой в роли контрагентов выступают предприниматели, а сам договор связан с их предпринимательской деятельностью, «Мягкость», о которой идет речь, выражена в том, что допустимо включение в такой договор условия о возможности одностороннего расторжения и такого же одностороннего изменения. Правда, указанная норма, содержащаяся в той же ст. 310 ГК, исключает наличие соответствующих условий в договоре, если это противоречит прямому указанию закона или существу обязательства. Примером закона,

устанавливающего абсолютную неизменность договоров, может служить п. 4 ст. 817 ГК. Имея в виду договор государственного займа, в котором заемщиком выступает Российская Федерация или субъект

Федерации, Кодекс устанавливает, что изменение условий выпущенного в обращение займа не допускается (это же правило распространяется на займы, выпускаемые муниципальными образованиями). Что же касается ссылки на существо обязательства, то она имеет значение, в частности, при субконтрагентских отношениях. Например, не может быть признано действительным условие договора аренды, которое допускает неограниченное право арендодателя на одностороннее изменение договора, в том числе и в случаях,

когда это задевает интересы субарендатора.

В ГК и других законах выделены и специальные случаи расторжения договора. Например, при выявлении нецелевого использования ссуды, полученной на строительство или приобретение жилья, у банка возникает право досрочно взыскать выделенный жилищный кредит'. Государственному заказчику предоставляется право (при наличии соответствующего решения Правительства РФ) отказаться полностью или частично от продукции, произведенной по государственному контракту при условии полного возмещения понесенных убытков контрагенту-поставщику в соответствии с действующим законодательством2.

Порядок и последствия изменения и расторжения договора определяются ст. 452 и 453 ГК. В силу первой из них сторона обращается к контрагенту с соответствующим предложением. При согласии этого последнего договор признается прекратившим свое действие или действующим в измененном виде. И только тогда, когда на предложение расторгнуть или изменить договор не последует ответа в срок, указанный в предложении, установленный в законе или в договоре, а при отсутствии в них такого срока – в тридцатидневный срок, либо получен ответ, но отрицательный, сторона, от которой исходило предложение, вправе обратиться с заявлением о расторжении или изменении договора в суд. Таким образом, пропуск соответ-

* См.: Положение о жилищных кредитах, утвержденное Указом Президента российской Федерации от 10 июня 1994 г. // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. №7. Ст. 692.

Приведенная норма представляет собой частный случай более общей: имеется в виду, что при любом займе, условием которого служит целевое использование полученных взаймы сумм, в случае нарушения этого условия заимодавец вправе потребовать не только досрочного возврата полученной взаймы суммы, но и уплаты

причитающихся процентов (п. 2 ст. 814 ГК).

2 См.: Федеральный закон от 17 декабря 1994 г. «О поставках продукции для федеральных государственных нужд» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. №34. Ст. 3540.

ствующего срока приобретает сходство с последствиями аналогичных ситуаций в случаях обязательного заключения договора'.

Дела соответствующей категории включены в компетенцию арбитражного суда п. 2 ст. 22 Арбитражного процессуального кодекса (АПК) РФ. Имеется в виду, что к экономическим спорам, разрешаемым арбитражным судом, в частности, отнесены споры «об изменении условий или о расторжении договоров». Материальные основания удовлетворения соответствующих исков указаны прежде всего в ст. 450 ГК. Наряду с отсылкой к случаям возможного расторжения и изменения договора, предусмотренным в Кодексе, в другом законе или договоре, специально выделен один в самой ст. 450 ГК: «существенное нарушение договора другой стороной». При этом установлен

объективный признак «существенного нарушения». Имеется в виду нарушение, «которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной части лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора». В этой связи важно подчеркнуть, что решающее значение для применения указанной статьи имеет не размер ущерба как таковой, а его соотношение с тем, чего могла ожидать от исполнения сторона. По этой причине вполне возможно удовлетворение требования о расторжении договора при нарушении, незначительном по размеру ущерба, и равно отказ в удовлетворении такого же требования, несмотря на то что ущерб оказался весьма значительным. Решение суда зависит лишь от того, является ли действительно существенной разница между тем, на что вправе была рассчитывать сторона, заключая договор, и тем, что в действительности она смогла получить.

Примером признания судом существенным нарушения договора может служить дело по иску ЖСК – заказчика к АООТ – подрядчику о расторжении заключенного сторонами договора. Основанием иска послужило превышение сметной стоимости жилого дома и несоблюдение срока исполнения обязательства. Ответчик ссылался на трудности с поставкой строительных материалов и удорожание строительства как следствие инфляции. Суд признал, что в данном случае есть все основания для применения ст. 450 ГК и расторжения по этой причине договора. В постановлении арбитражного суда отмечалось, что продление срока работ и пересмотр сметы более чем на 10 процентов требуют согласия подрядчика, чего в данном случае не было (имелся в виду п. 1 ст. 744 ГК).

Особый порядок установлен для досрочного расторжения договора аренды (ст. 619 ГК). В указанном случае арендодатель приобретает соответствующее право , лишь после направления арендатору письменного предупреждения о необходимости исполнить обязательство в разумный срок. Это дало судебной практике возможность признать, что при устранении арендатором допущенных нарушений в такой разумный срок арендодатель утрачивает право на расторжение договора,

Соответствующая норма (ст. 450 ГК) близка к той, которая содержится в Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров (ст. 25). Эта последняя признает существенным и тем самым достаточным для постановки вопроса о расторжении договора нарушение, которое лишает сторону в значительной степени «...того, на что она была вправе рассчитывать на основании договора, за исключением случаев, когда нарушившая договор сторона не предвидела такого результата и разумное лицо, действующее в том же качестве при аналогичных обстоятельствах, не предвидело бы его». Одно из принципиальных отличий Венской конвенции от Кодекса состоит в том, что она увязывает возможность расторжения договора с решением вопроса об упречности поведения контрагента. Имеется в виду, что отмеченное обстоятельство будет учитываться при определении

последствий расторжения договора.

Принципы международных коммерческих договоров, сохраняя подход, общий с Венской конвенцией (в определенной части – также с ГК), вместе с тем содержат указание на необходимость принимать во внимание в рассматриваемых случаях также и то, имеет ли принципиальный характер, с точки зрения договора, строгое соблюдение неисполненного обязательства: является ли неисполнение умышленным или совершено по грубой небрежности, дает ли неисполнение потерпевшей стороне основание верить, что она не может полагаться на будущее исполнение другой стороной, понесет ли неисполнившая сторона потери в ходе подготовки или осуществления исполнения, если договор будет прекращен. Все эти ограничения, с позиции ст. 450 ГК не имеют такого значения, хотя сам по себе подход указанных международных актов кажется весьма обоснованным.

Необходимость осторожного подхода к вопросу о расторжении договора в условиях рыночного хозяйства, как нам кажется, удачно выражена и в следующем положении комментаторов Принципов: «С одной стороны, исполнение может оказаться настолько просроченным или ненадлежащим, что потерпевшая сторона не сможет использовать для целей, для которых оно предназначалось, либо поведение неисполнившей стороны может быть в других отношениях таковым, что потерпевшей стороне должно быть разрешено прекратить договор- С другой стороны, прекращенная часть вызывает серьезные проблемы для неисполнившей стороны, расходы которой по приготовлению и предоставлению исполнения могут оказаться невозмещенными»'.

Приведенные положения могут иметь определенное значение для

формирования судебной практики применения ст. 450 ГК, предполагая взвешенный подход к расторжению договора.

' Принципы международных коммерческих договоров. С. 211.

Требование стороны об изменении или расторжении договора, как уже отмечалось, представляет по своей природе преобразовательный иск. Выносимое в подобных случаях решение является юридическим фактом, который влечет за собой прекращение договора или его изменение. Таким образом, речь идет об одном из способов защиты гражданских прав, прямо предусмотренных в ст. 12 ГК.

В решении суда должен быть дан ответ на все поставленные в исковом заявлении вопросы. В частности, при рассмотрении спора относительно изменения договора в соответствии со ст. 130 АПК РФ в резолютивной части должно содержаться решение по каждому спорному условию договора.

Независимо от того, идет ли речь о расторжении договора или о его изменении, соответствующие последствия наступают лишь на будущее время. По этой причине, если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон, все полученное каждой из них по договору остается у нее. Соответственно ни один из контрагентов не может требовать возвращения того, что было исполнено по обязательству до момента, когда состоялось расторжение или изменение договора (п. 4 ст. 453 ГК). Указанная норма позволяет сделать вывод, что за сторонами сохраняются и такие права, которые возникли у них до указанного в п. 3 ст. 453 ГК момента. Это означает, что после вынесения решения об изменении или расторжении договора покупатель, получивший проданную вещь, возвращать ее продавцу не обязан. За последним сохраняется право требовать от покупателя оплаты соответствующей вещи. Вместе с тем применение п. 4 ст. 453 ГК, на наш взгляд, не исключает действия общих норм, посвященных обязательствам вследствие неосновательного обогащения. В специальной отсылке к этим нормам в ст. 453 ГК нет необходимости, поскольку правила гл. 60 «Обязательства вследствие неосновательного обогащения» носят, на что уже обращалось внимание, общий (генеральный) характер.

Особо предусмотрено (п. 5 ст. 453 ГК), что, если договор был изменен или расторгнут вследствие существенного нарушения его одной из сторон, контрагент вправе требовать возмещения убытков, которые были причинены изменением или расторжением договора. Однако, наряду с этими убытками, сторона сохраняет за собой право требовать возмещения ей убытков, причиненных нарушением договора как таковым. Примером могут служить случаи, когда существенное нарушение договора выразилось в поставке продукции ненадлежащего качества или некомплектной. Речь идет, таким образом, о двух видах убытков, возникновение которых связано с нарушением двух не всегда

совпадающих интересов: к сохранению договора, во-первых, и к надлежащему исполнению обязательств контрагентом, во-вторых'.

Постановление Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 от 1 июля 1996 г. (п. 59) особо выделило случай, предусмотренный ст, 30

Все то, о чем шла речь, не относится к случаям, когда налицо установленное в законе или договоре основание для одностороннего изменения или расторжения договора. При этом не упомянута необходимость обращения в суд. В такого рода ситуациях за стороной признается определенное право, которым она может самостоятельно распорядиться. Для этого сторона не нуждается в решении суда, если иное не предусмотрено в законе или договоре.

Отмеченное различие порождает ряд последствий. Так, не исключена ситуация, при которой с соответствующим иском может выступить вторая сторона. По своей природе такой иск относится к категории уже иных требований – о признании. В данном случае предметом иска будет служить установление факта отсутствия у стороны права на расторжение либо изменение договора. Другой вопрос связан с определением момента, с которого следует считать договор прекращенным либо измененным. При рассматриваемой ситуации им служит уже не момент вынесения решения, а момент, когда сторона довела до сведения контрагента о своем желании расторгнуть или изменить договор.

Наиболее широко предусмотрены в ГК случаи изменения и расторжения договоров (в том числе путем отказа от исполнения) в статьях, посвященных их отдельным типам (видам). Такие случаи, помимо отмеченных уже ранее, могут быть определенным образом сгруппированы.

Из самой специфики договора в ряде случаев вытекает возможность для обеих сторон или одной из них расторгнуть договор, но с принятием на себя определенных обязательств. Так, при продаже по образцам покупатель вправе до получения товара отказаться от исполнения договора розничной купли-продажи при условии, если он возместит продавцу понесенные в связи с совершением действий по исполнению договора необходимые расходы (п. 3 ст. 497 ГК)1. Любая из сторон в договоре транспортной экспедиции может отказаться от исполнения, возместив вызванные расторжением договора убытки контрагенту (ст. 806 ГК). Сходная норма действует в от-

Закона Российской Федерации «О приватизации государственных и муниципальных предприятий» от 3 июля 1991 г. Имеется в виду, что покупатель отказался от внесения платежа за приобретенный объект приватизации либо установлены нарушения покупателем условий выигранного им конкурса. Такая ситуация, по разъяснению Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, должна рассматриваться как соответствующая той, которую имеет в виду ст. 454 ГК. Из этого сделан вывод, что одновременно с расторжением договора купли-продажи приватизированного объекта за сторонами должно быть признано право требовать возвращения исполненного до момента расторжения договора (см.:

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 9. С. 19).

1 См. также п. 22 Правил продажи товаров по образцам (Собрание законодательства

Российской Федерации. 1997. № 30. Or. 3657).

ношении сторон в договоре возмездного оказания услуг (ст. 782 ГК). Заказчик, уплатив подрядчику долю цены пропорционально выполненной части работ, вправе расторгнуть договор подряда до сдачи

работы с одновременным возмещением причиненных убытков в пределах разницы между ценами за всю работу и за выполненную часть (ст. 717 ГК).

Возможность отказа от исполнения иногда обусловлена особым характером условия о сроке. Имеется в виду договор, не имеющий твердо установленного срока действия. Так, право на отказ в указанной ситуации принадлежит, например, обоим контрагентам агентского договора (ст. 1010 ГК).

В диспозитивных нормах, посвященных отдельным типам (видам) договоров, иногда закрепляется презумпция в пользу признания (как правило, за пассивной стороной – той, которая обращается за товарами, за работами, за услугами) допустимым в любое время отказаться от договора без каких бы то ни было негативных последствий для себя. Подтверждением этому могут служить права заемщика, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или кредитным договором, до установленного срока исполнения отказаться от предоставления кредита, своевременно уведомив другую сторону (п. 2 ст. 821 ГК),

Возможность одностороннего отказа может допускаться и императивной нормой. Таким правом обладает страхователь (выгодоприобретатель) -в договоре страхования (п. 2 ст. 958 ГК), комитент – в договоре комиссии (п. 1 ст. 1003 ГК), поклажедатель – в договоре хранения (ст. 904 ГК), получатель постоянной ренты – в случаях, предусмотренных в ст. 593 ГК. Соответственно законодатель признает в ряде случаев условия, лишающие сторону права свободного отказа от договора, ничтожными. Примером может служить условие об отказе гражданина от возможности требовать выдачи банковского вклада по первому требованию (п. 2 ст. 837 ГК), отказе доверителя и поверенного от расторжения договора поручения (п. 2 ст. 977 ГК) или плательщика – от расторжения договора постоянной ренты (п. 3 ст. 592 ГК).

По отдельным договорам допускается их расторжение, вызванное обстоятельством, которое заведомо не зависит от сторон. Характерен в этом смысле договор дарения. В консенсуальном его варианте даритель вправе отказаться от исполнения обязанности передать в будущем одаряемому вещь или право либо отказаться освободить одаряемого от имущественной обязанности, если после заключения договора имущественное или семейное положение либо состояние здоровья дарителя изменились настолько, что исполнение договора в новых условиях приведет к существенному снижению уровня его жизни (п. 1 ст. 577 ГК). Другой пример – п. 2 ст. 959 ГК, который наделяет страховщика правом требовать расторжения договора при возражении страхователя (выгодоприобретателя) против изменения условий договора страхования или доплаты страховой премии, если это

вызвано возрастанием риска, который служит предметом страхования (п. 2 ст. 959 ГК).

Чаще других возможность расторжения предусмотрена как реакция на строго определенные договорные нарушения. Так, заказчики вправе требовать расторжения договора бытового подряда без оплаты выполненной работы и возмещения убытков, если вследствие неполноты или недостоверности полученной информации заключен договор, не обладающий свойствами, которых вправе был ожидать заказчик (п. 2 ст. 732 ГК), а хранитель вправе отказаться от исполнения при просрочке уплаты вознаграждения за хранение более, чем на половину периода, за который должна была производиться оплата (п. 2 ст. 896 ГК). Одностороннее расторжение может последовать при различных нарушениях договора купли-продажи – таких, как существенное нарушение требований к качеству товаров, невыполнение требований о доукомплектовании товара в разумный срок, передача незатаренного товара (п. 2 ст. 475, п. 2 ст. 480, п. 2 ст. 482 ГК), а равно при отказе покупателя принять

товар (п. 3 ст. 484 ГК). Применительно к аренде речь идет о требовании, вызванном использованием арендатором имущества не в соответствии с договорными условиями или его назначением (п. 3 ст. 615 ГК). В договоре займа такое же правило действует в отношении заимодавца – при невыполнении заемщиком обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые заимодавец не отвечает (ст. 813 ГК).

Нарушения, о которых идет речь, нередко принимают форму уклонения от передачи имущества, которое является предметом договора. Примером могут служить договоры аренды и финансовой аренды (п. 3 ст. 611 и п. 2 ст. 668 ГК). В п. 2 ст. 611 ГК выделено право арендатора расторгнуть ;

договор при непередаче либо самого имущества, либо относящихся к нему ' документов, а в Правилах продажи товаров по образцам – право покупате" і ля отказаться от договора при отказе продавца передать товар. Получателям в договоре ренты предоставлено право требовать его расторжения, в ;

частности при невыполнении плательщиком обязанности предоставить ^ обеспечение исполнения своих обязательств (п. 3 ст. 587 ГК). ;

В отдельных статьях Кодекса право на одностороннее расторжение і осуществляется консолидирование, вместе с требованием о возмещении \ убытков или уплаты других сумм. Подобным правом, например возврата і провозной платы, наделен пассажир, отказавшийся от поездки вследствие задержки отправления транспортного средства (п. 2 ст. 795 ГК). Подрядчик, обнаруживший невозможность использовать предоставленные заказчиком материалы или оборудование, вправе требовать одновременно с отказом от договора уплаты ему цены работ пропорционально выполненной их части (п. 3 ст. 745 ГК). Арендатор при неполучении в срок арендованно

го имущества имеет право на возмещение убытков, вызванных расторжением договора (п. 3 ст. 611 ГК).

Достаточным основанием расторжения договора иногда признается одно лишь предположение о возможной неспособности стороны исполнить принятое на себя обязательство. Так, в кредитном договоре кредитная организация наделена правом отказать заемщику в предоставлении кредита полностью или частично при возникновении обстоятельств, которые с очевидностью свидетельствуют, что предоставленную ему сумму заемщик не сможет возвратить (п. 1 ст. 821 ГК). Точно так же отказ от исполнения договора подряда может последовать, если подрядчик несвоевременно приступил к работе или если во время выполнения работы обнаруживается, что подрядчик выполнял ее настолько медленно, что окончание к сроку становится явно невозможным (п. 2 ст. 715 ГК).

Изменение договора в ряде случаев оказывается связанным с условием о цене товаров, работ или услуг. Речь идет об изменении первоначальной цены в силу различных по характеру обстоятельств. Иногда такое изменение представляет собой определенную санкцию, вызванную нарушением обязанностей контрагентом. Так, в договоре купли-продажи покупателю предоставлено право требовать соразмерного уменьшения покупной цены при обнаружении не оговоренных продавцом недостатков (п. 1 ст. 503 ГК).

Особое значение имеет изменение цен, связанное с колебаниями экономической конъюнктуры. Иногда в целях устранения последствий таких колебаний используют определенную пропорцию к установленному законом минимальному размеру оплаты труда. Такого рода решения содержатся

применительно к размеру постоянной ренты (предусмотрено, в частности, в п. 2 ст. 590 ГК). В результате возрастание минимального размера оплаты труда как важнейшего экономического показателя влечет за собой и соразмерное изменение условия о цене в договоре.

Специально выделен такой способ устранения влияния на цену различных обстоятельств для сумм, взыскиваемых по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина (ст. 318 ГК). Отсылка к этой последней статье и предполагаемому ею повышению цены в пропорции к увеличению минимального размера оплаты труда содержится в п. 2 ст. 597 ГК, который определяет порядок исчисления размера пожизненной ренты.

Учет происходящих в экономике изменений осуществляется в случаях, когда цена или отдельные ее элементы установлены путем ссылки на действующую к соответствующему моменту ставку рефинансирования Центрального банка РФ. Так, в частности, п. 1 ст. 809 ГК предусматривает, что при отсутствии в договоре условия о размере банковских процентов по договору банковского вклада их величина должна соответствовать указан-

ной ставке в месте жительства (нахождения) заимодавца, а значит, колебаться вместе с нею. Прямая отсылка к самой ст. 809 ГК содержится в п. 1 ст. 838 ГК применительно к процентам по договору банковского вклада. Аналогичные колебания учитываются при применении п. 1 ст. 395 ГК. Речь идет о взыскании за пользование чужими средствами процентов в размере учетной ставки банковского процента, т .е. все той же ставки банковского рефинансирования, на день исполнения денежного обязательства или его части в месте нахождения кредитора (при взыскании долга в судебном порядке решением суда может быть удовлетворено требование кредитора о необходимости исходить из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или вынесения решения).

Возможен отказ от договора и в силу некоторых других обстоятельств, которые не укладываются в указанное деление. Так, заказчик вправе отказаться от договора подряда, если речь идет о существенном превышении в связи с необходимостью проведения дополнительных работ определенной в нем приблизительной цены (п. 5 ст. 709 ГК), Основанием для одностороннего расторжения могут служить обстоятельства, относящиеся к имущественному положению контрагента, например, при несостоятельности (банкротстве) должника. Именно об этом идет речь в п. 4 ст. 1037 ГК из главы о договоре коммерческой концессии и в п. 1 ст. 1050 ГК из главы, посвященной договору простого товарищества.

Другой пример – отпадение возможности наступления страхового случая и соответственно существования страхового риска после заключе-, ния договора страхования (п. 1 ст. 958 ГК). Сюда же относится ситуация, предусмотренная п. 1 ст. 744 ГК: допускается заявление подрядчиком требования о внесении изменений в техническую документацию, если вызванные этим дополнительные расходы не превышают более чем на 10 процентов указанную в смете общую стоимость строительства и не меняют характера работ, предусмотренных в договоре строительного подряда.

Еще один такого же рода случай выделен применительно к простому товариществу. Имеется в виду расторжение договора по требованию товарища в его взаимоотношениях с остальными товарищами (сторонами в договоре простого товарищества) по уважительной причине с возмещением остальным товарищам реального ущерба, причиненного расторжением договора (ст. 1052 ГК). Залоговое обязательство прекращается, если собственником заложенного имущества оказался не залогодатель, а другое лицо (п. 2 ст. 354 ГК). Это же происходит с поручительством, если кредитор отказался

принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем (п. 3 ст. 367 ГК).

Иногда ГК предоставляет каждой из сторон свои, отличные от установленных для ее контрагента основания и условия расторжения договора,

Так, в договоре банковского счета расторжение может произойти по заявлению клиента в любое время (п. 1 ст. 859 ГК), а по требованию банка -только в предусмотренных в п. 2 ст. 859 ГК случаях: когда сумма денежных средств на счете клиента менее установленного банковскими правилами или договором минимума и не восстановлена в течение месяца со дня предупреждения об этом банка, а также при отсутствии операций по этому счету в течение года, – если иное не предусмотрено договором.

Изменение договора, как уже отмечалось, может происходить вследствие соглашения сторон. Для договора аренды в этом случае действует диапозитивная норма, относящаяся к арендной плате: если иное не предусмотрено договором, ее размер может меняться по соглашению сторон (но не чаще одного раза в год)1.

Законодатель в некоторых случаях считает необходимым особо подчеркнуть, что договор расторгается (изменяется) не самими сторонами, а судом, предполагая, что инициатором будет все же выступать заинтересованный контрагент. Так, в силу ст. 619 ГК в договоре аренды право требовать досрочного расторжения судом предоставляется арендодателю, если арендатор пользуется имуществом с существенным нарушением условий договора или назначения имущества, либо существенно ухудшает имущество, либо с неоднократными нарушениями (более двух раз подряд) по истечении установленного договором срока платежа не вносит арендную плату, либо не выполняет в соответствующие сроки возложенную на него обязанность по капитальному ремонту. А ст. 620 ГК наделяет таким же правом требовать от суда расторжения договора арендатора в случае, если арендодатель не предоставляет имущества либо создает препятствия его использованию, переданное имущество имеет указанные в этой же статье недостатки, либо арендодатель не выполнил обязанности по производству капитального ремонта в соответствующие сроки, либо переданное имущество оказалось непригодным для использования. Наконец, аналогичным образом, с помощью суда, решается вопрос относительно соответствующего права банка в договоре банковского счета (п. 2 ст. 859 ГК), покупателей в договоре продажи предприятия, если установлена его непригодность вследствие недостатков, за которые отвечает продавец (п. 5 ст. 565 ГК). Все подобные случаи можно рассматривать в рамках п. 2 ст. 450 ГК как такие, когда основания для изменения или расторжения договора судом предусмотрены законом.

Следует признать, что подобное ограничение воли сторон (недопустимость установления в договоре более частых изменений) вызывает определенные сомнения, имея в виду, что такого рода ограничения могут затронуть интересы не .только арендодателя, но и заведомо слабой стороны – арендатора.

Два разных варианта отказа от договора в законе – с отсылкой к решению суда и без такой отсылки – могут быть предусмотрены для одного и того же договора. Так, первый вариант (без суда) содержится в п. I ст. 578 ПК применительно к покушению одаряемого на жизнь дарителя, членов семьи или близких родственников либо при умышленном причинении дарителю телесных повреждений . А второй (право требовать отмены дарения в судебном порядке) имеет в виду случай, когда одаряемый обращается с составляющей для дарителя большую неимущественную ценность подаренной вещью, создавая угрозу ее безвозвратной потери (п. 2 ст. 578 ГК).

Обычно в качестве истца в деле о расторжении (изменении) договора выступает один из контрагентов. Однако ГК допускает при наличии на этот счет специальных указаний предъявление требований о расторжении договора третьими лицами. Например, по иску заинтересованного лица судом может быть отменено дарение, совершенное индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом в нарушение положений закона о несостоятельности (банкротстве) за счет средств, связанных с его предпринимательской деятельностью, если соответствующая сделка совершена в течение шести месяцев, предшествовавших объявлению несостоятельным (банкротом) дарителя (п. 3 ст. 578 ГК).

Речь в данном случае идет об особой ситуации, причины создания которой лежат за пределами действий контрагентов и вследствие этого от них не зависят. Такая ситуация урегулирована ст. 451 ГК. В ней определены достаточно подробно условия действия самой статьи, а равно смысл осуществляемого ею регулирования,

Первое выражается в установлении признаков, которым должны непременно удовлетворять соответствующие обстоятельства. Их насчитывается четыре: стороны в момент заключения договора исходили из того, что соответствующие обстоятельства являются заведомо непредвидимыми для каждой из сторон (в момент заключения договора стороны полагали, что такого рода обстоятельства не возникнут), непреодолимыми (при той степени заботливости, которая требовалась от сторон по характеру и условиям оборота, они такого рода обстоятельства преодолеть не могли), чрезмерными (если оставить договор в первоначальном виде, соотношение имущественных интересов окажется для стороны столь нарушенным, а ущерб столь большим, что она лишилась бы того, на что вправе была рассчитывать, заключая договор) и, наконец, то, что ни обычай делового оборота, ни существо договора не предполагают необходимости возложения риска происшедшего изменения обстоятельств на заинтересованную сторону.

ГК различает два возможных последствия сложившейся ситуации: договор либо расторгается, либо изменяется путем приведения его в соответствие с существенно изменившимися обстоятельствами (оба эти последст

вия действуют), если иное не предусмотрено договором и не вытекает из его существа.

Один из наиболее вероятных путей достижения указанных целей – соглашение сторон. Если же примирительная процедура, о которой идет речь, не даст результата, заинтересованная сторона может обратиться со своими требованиями в суд.

Для удовлетворения иска о расторжении договора суду достаточно установить наличие перечисленных четырех признаков существенных условий. При этом одновременно с расторжением договора суд решает вопрос о материальных последствиях для контрагентов. Учитывая, что вина стороны в такой ситуации не предполагается, ГК предусматривает необходимость при распределении расходов руководствоваться принципом справедливости. В зависимости от того, что именно будет признано судом в конкретном случае справедливым, он может распределить совокупные расходы поровну, признать, что каждая из сторон должна нести свои расходы самостоятельно, и т.п.

Из двух возможных вариантов решения суда – о расторжении договора или об его изменении – приоритет отдается первому. Это объясняется тем, что, вынося решение об изменении условий договора, суд тем самым обязывает сторону исполнять договор на условиях, которые она заведомо считает для себя неприемлемыми. По этой причине для решения об изменении договора и тем самым

о его сохранении в измененном виде закон предусматривает дополнительные условия. Речь идет об исключительных случаях. К их числу относятся те. при которых расторжение договора вместо его изменения противоречило бы общественным интересам (например, в случаях, когда сторона – естественный монополист) либо повлекло бы для сторон ущерб, способный значительно превысить затраты, которые ей придется понести в случае изменения договора.

В судебно-арбитражной практике отношение к «существенным изменениям», связанное с уяснением смысла соответствующего понятия, пока не сложилось. Вместе с тем в нормативной практике ст. 451 ГК нашла отражение. В качестве примера можно сослаться на Закон «О соглашениях о разделе продукции»', В нем предусмотрено, что изменения в соответствующих соглашениях допускаются только «по требованию одной из сторон и только в случае существенного изменения обстоятельств в соответствии с Гражданским кодексом».

3. СПЕЦИАЛЬНЫЕ СЛУЧАИ ПРЕКРАЩЕНИЯ ДОГОВОРА

«Специальными случаями прекращения договоров» можно назвать ситуации, при которых утрачивают свою силу при наличии указанных в

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. Яз 1. Ст. 18.

законе обстоятельств обязательства, составляющие содержание договора. Складывающиеся при этом отношения регулируются в основном гл. 29 ГК, которая распространяет свое действие в равной мере на все виды обязательств независимо от оснований их возникновения, а значит, и на обязательства договорные.

Указанная глава различает полное и частичное прекращение обязательств. При полном юридическая связь между кредитором и должником обрывается либо заменяется другой. Частичное прекращение предполагает, что вся остальная часть связывающего кредитора с должником обязательственного правоотношения сохраняет силу. Так, например, обязательство поставить продукцию может подвергнуться частичному прекращению путем изменения объема подлежащих передаче товаров, а договор строительного подряда – исключением некоторых из ранее включенных в него объектов. Однако при этом остальные условия, например об основаниях взыскания и размере неустойки за различные договорные нарушения (недопоставку, невыполнение подрядных работ в срок и т.п.), продолжают действовать, если только стороны не договорятся об ином.

Смысл гл. 26 состоит прежде всего в том, что в ней поименованы юридические факты (юридические составы), которые сами по себе влекут прекращение обязательства. В данном случае роль суда может сводиться только к признанию прекращения обязательства уже состоявшимся. Избранная ГК на этот счет формула сводится к признанию за контрагентом права «отказаться от исполнения». Соответствующие нормы включены в отдельные статьи глав, посвященных купле-продаже (п. 2 ст. 475, 463, п. 2 ст. 480 и др.), аренде (п. 2 ст. 610), подряду (п. 2 ст. 715, 716, 717 и др.), хранению (п. 2 ст. 896) и др. Вместе с тем особо выделено (п. 2 ст. 407 ГК) прекращение обязательства по требованию одной из сторон, которое считается допустимым лишь при условии, если это предусмотрено законом или договором. Во всех случаях, когда речь идет о договорном обязательстве, специальные основания, порядок и последствия его прекращения определяются гл. 29 ГК.

В ГК 22 было названо пять оснований прекращения обязательств: исполнение, зачет, совпадение должника и кредитора в одном лице, соглашение сторон и невозможность исполнения. ГК 64 добавил

к ним еще три. В действующем Гражданском кодексе способов прекращения обязательств десять. Это – исполнение обязательства, отступное, зачет, прекращение обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице, новация, прощение долга, невозможность исполнения, издание акта государственного органа, смерть гражданина, ликвидация юридического лица. При этом указанный перечень не является исчерпывающим и может быть дополнен Кодексом, другими законами, иными правовыми актами и самим догово

ром. Отмеченная возможность расширения перечня нередко используется ГК, особенно в его главах, посвященных отдельным видам договоров.

Исполнение (ст. 408 ГК) способно прекратить договор лишь при условии, если оно является надлежащим, т.е. совершено надлежащим лицом, надлежащему лицу, надлежащим способом, в надлежащем месте, надлежащим предметом и в надлежащее время. Критерии надлежащего исполнения определяются императивными нормами, договором, а в части, не предусмотренной теми и другими, – диспозитивными нормами. При ненадлежащем исполнении наступают различные неблагоприятные для стороны-должника последствия, предусмотренные в обшей или специальной статье ГК. в ином законе либо другом правовом акте или договоре. Из этих последствий чаще других речь идет о возникновении у потерпевшей стороны права на одностороннее расторжение договора и (или) требования о возмещении убытков. Особенность ст. 408 ГК состоит в том, что она посвящена одновременно исполнению обязательств как самим должником, так и кредитором. В последнем случае речь идет об определенной кредиторской обязанности – той, которая состоит в подтверждении исполнения в одной из трех форм: выдачи расписки, возврата долгового документа или надписи на нем кредитора, подтверждающей произведенное исполнение обязанности. Нарушение этого требования со стороны кредитора означает, что он впал в просрочку, а это влечет за собой последствия, указанные в ст. 406 ГК («Просрочка кредитора»). ГК допускает в случаях, когда предметом договора является индивидуально-определенная вещь, замену реального исполнения возмещением убытков. При этом ст. 396 ГК позволяет сделать вывод, что такое исполнение должно считаться ненадлежащим и, следовательно, достаточным основанием для прекращения обязательства.

В литературе было высказано применительно к ГК 64 мнение, что исполнение представляет собой сделку и с этой точки зрения подчиняется общим правилам о сделках, в том числе и о форме сделок'. На наш взгляд, по вопросу о природе исполнения заслуживает предпочтения иная точка зрения, которой придерживался О.А. Красавчиков. Он полагал, что «по своей юридической природе исполнение является не сделкой, а юридическим поступком, т.е. правомерным действием, правовые последствия которого наступают независимо от того, было данное действие направлено на достижение этих последствий или нет: юридический эффект наступает независимо от субъективного момента»2. По указанной причине, очевидно, должник, который перевел банку сумму, соответствующую полученному кредиту, не вправе ссылаться на то, что он сделал это по ошибке, в нетрезвом виде и т.п.

^ См.: Гражданское право. Т, 2. М., 1993. С. 21. Советское гражданское право. Т. I. М.: Высшая школа, 1985. С. 471.

Промежуточную позицию, уже применительно к новому ГК, занял М.В. Кротов. Разделяя исходное положение «исполнение-сделка», он вместе с тем считает, что к исполнению должны применяться все требования действительности сделок, кроме тех, которые относятся к их форме. При этом автор ссылается на п. 3 ст. 159 ГК, в силу которой «сделки во исполнение договора, заключенного в

письменной форме, могут по соглашению сторон совершаться устно, если это не противоречит закону, иным правовым актам и договору»'. Но, как нам кажется, при этом не учитывается, что приведенная норма имеет специальную сферу применения: она связана только с единственным вариантом исполнения: предметом исполнения одной сделки служит совершение другой сделки. Практически речь идет о случае, когда «письменный договор» представляет собой обычный предварительный договор. К остальным случаям исполнения эта норма как будто бы, отношения не имеет. Поэтому, как представляется, для обоснования того же вывода – о неприменимости правил о форме сделки к исполнению, должны быть использованы иные аргументы.

Имеется в виду, что при оценке особого порядка оформления исполнения, о котором идет речь в ст. 408 ГК, необходимо иметь в виду общий его смысл. В данном случае речь идет не об обязательной форме, а лишь об обязанности кредитора и корреспондирующему ей праву должника. А распоряжение правом зависит оттого, кто им обладает. По указанной причине, на наш взгляд, если сторона-должник не воспользуется своим правом, это не лишает ее возможности использовать любые доказательства. Соответственно закрепленный в ст. 54 Гражданско-процессуального кодекса, как и в ст. 57 Арбитражного процессуального кодекса, принцип «допустимость доказательств» здесь не должен действовать и, следовательно, в подтверждение исполнения договора (обязательства) сторона (должник) может представлять любые доказательства.

Отступное (ст. 409 ГК) впервые выделено в качестве особого основания прекращения обязательства в действующем Гражданском кодексе. Смысл отступного состоит в том, что вместо указанного в законе обязательства с целью его прекращения передается иной предмет, размер, сроки и порядок предоставления которого устанавливаются соглашением сторон. Совершая исполнение путем отступного, должник с согласия кредитора откупается и от долга. От обычной замены обязательства отступное, в частности, отличается тем, что первое происходит всегда до, а второе -обычно после того, как обязательство оказалось нарушенным, а также тем, что при первом обстоятельстве, в отличие от второго, обязательство прекращается без его превращения в другое. С этой точки зрения вызывает определенное сомнение адресованный Кодексу упрек в том, что в его

' Гражданское право. Ч. I. М., 1996. С. 463.

ст. 396 (п. 3) разновидностью отступного признана исключительная неустойка, уплата которой освобождает должника от исполнения обязательства в натуре. Высказывая сомнение по поводу признания такой неустойки отступным, О.Н. Садиков ссылается, в частности, на такие присущие неустойке особенности, как обязательная ее письменная и денежная формы, возможность снижения судом неустойки'.

Однако с таким выводом трудно согласиться: если неустойка, освобождающая от реального исполнения, – разновидность отступного, то ничто не препятствует ей как виду иметь индивидуальные особенности. Необходимо лишь, чтобы был сохранен действительно присущий отступному признак: прекращение обязательства путем предоставления с согласия другой стороны одного предмета (в данном случае денежной суммы, предусмотренной в законе или в договоре) взамен того, который был указан в обязательстве первоначально (передача определенных товаров, выполнение определенных работ или оказание определенных услуг). Значение п, 3 ст. 396 ГК как раз и состоит в том, что имеется в виду случай, при котором уплата неустойки для должника является средством освобождения от исполнения в натуре, позволяет откупиться от него2. ГК (п. 4 ст. 877) содержит общее запрещение прекращения денежного обязательства путем выдачи чека. Это,

очевидно, относится и к возможности таким образом «откупиться»3.

' См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой). М.: Юринформцентр, 1975. С. 401. Там же, на наш взгляд, неточность. Имеется в виду указание на то, что «в п. 3 ст. 396 отступное характеризуется как неустойка». В действительности в этой статье наоборот: неустойка рассматривается как разновидность отступного. Следовательно, отступное в ст. 396 ГК – это род, а значит, неустойка – только вид. Отсюда вытекает, что общими должны быть признаки отступного, а не неустойки.

По этой причине, встретившись с тем, что в договоре сторон содержалось условие, по которому в случае невыполнения поставки поставщик должен уплатить покупателю стоимость недо поставленного, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации признал, что «по существу стороны предусмотрели предоставление отступного в соответствии со ст. 409 Гражданского кодекса Российской Федерации» (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 8. С. 47).

В дореволюционной России «отступному» придавалось одновременно и иное значение, Так, В. Даль считал «отступным» плату «по плутовской сделке товарищам своим, чтобы они отстали, отступились от торгов» (указ. автор. Толковый словарь живого русского языка, Т. II. М., 1955. С. 759). Сходным же образом расценивал подобную сделку, именуемую им еще сделкой об отсталом, Д.И. Мейер: «Договор об отсталом должно признавать недействительным, как договор безнравственный, потому что цель его – понуждение стороннего лица к заключению невыгодного для "его договора» {Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М.: Статут, 1997. С. 161).

При зачете (ст. 410-412 ГК) происходит полное или частичное прекращение одного обязательства вместе с полным или частичным прекращением встречного однородного требования. О понимании практикой смысла «однородности требования» можно судить по одному из рассмотренных Высшим Арбитражным Судом РФ дел: по иску акционерного общества открытого типа к совместному предприятию. При его разбирательстве возник вопрос о том, можно ли допустить зачет требования о перечислении авансового платежа за полученный товар с требованием о взыскании пени, которая обеспечивает исполнение обязательства по другому договору -о поставке продукции? Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал неправомерность такого зачета, проведенного по требованию одной из сторон, основываясь на неоднородности соответствующих требований'.

Наиболее простой вариант зачета имеет место при двустороннем договоре, в котором каждая из сторон выступает в качестве кредитора в одном обязательстве и должника в другом. Однако нет никаких препятствий к зачету таких же встречных требований, которые возникают из разных договоров, либо договора, с одной стороны, а также встречного и однородного недоговорного обязательства, – с другой. Так, ст. 853 ГК считает возможным зачет, если иное не установлено договором, определенных денежных требований банка к клиенту, связанных с кредитованием счета, и оплатой услуг банка, а также требований клиента к банку об уплате процентов за пользование денежными средствами.

Установлены обязательные условия зачета. К ним относятся, помимо однородности требований, наступление срока исполнения, кроме случаев, когда срок не указан или определен моментом востребования. Специальные ограничительнные правила действуют в отношении зачета при уступке требований. Имеется в виду, что для такого зачета необходимо, чтобы соответствующие требования возникали по основанию, которое существовало к моменту, когда получено уведомление об уступке

прав, при этом срок требований должен уже наступить, если только он не был вообще указан или был определен моментом востребования. Перечисленные ограничения действуют лишь при зачете, основанном на односторонней сделке, т.е. совершаемом по воле одной из сторон. Если же зачет носит договорный характер, т.е. вытекает из соглашения сторон, указанные ограничения не имеют силы.

При этом Д.И. Мейер отрицал возможность квалифицировать соответствующий договор как противоречащий интересам казны, справедливо полагая, что в противном случае можно было бы использовать в качестве возражения ссылку на то, что в данном конкретном случае казна не пострадала (см. там же). 'См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 12. С. 44.

В ГК предусмотрены случаи, при которых вообще исключается возможность зачета. Их особенность состоит в том, что они предопределены необходимостью обеспечить интересы слабой стороны в договоре, а также интересы третьих лиц. По этой причине в ряде императивных норм ГК предусмотрен запрет, который в равной степени исключает возможность зачета не только волеизъявлением одной из сторон, но даже и по достигнутому между ними соглашению. Сама ст. 411 ГК запрещает, в частности, зачет требований о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, требований о пожизненном содержании, о взыскании алиментов. Зачет исключается и тогда, когда по заявлению другой стороны к соответствующему требованию подлежит применению срок исковой давности и этот срок истек'. К числу специальных норм, которые запрещают зачет, относятся, в частности, статьи ГК, регулирующие обязательность внесения без зачета вкладов в общество с ограниченной ответственностью, а равно оплаты акций2. Перечень случаев, при которых исключается зачет, в ст. 411 ГК не является исчерпывающим. В этой связи не только закону, но и самим сторонам предоставляется возможность исключить зачет договором при любых указанных в нем обстоятельствах. Не подлежат зачету требования, которые мог бы адресовать клиенту должник в связи с тем, что клиент нарушил соглашение о запрете или ограничении уступки требований применительно к финансовому агенту (п. 2 ст. 832 ГК).

Вопрос о зачете может возникнуть и в отношении солидарных должников. На этот счет в п. 3 ст. 325 ГК предусмотрена допустимость такого зачета с тем, что сохраняются основные положения, относящиеся к исполнению должником солидарного обязательства, которые закреплены в п. 2 ст. 325 ГК (имеются в виду право на последующее предъявление регресс-ных требований к содолжникам и равная долевая ответственность этих последних).

Вместе с тем в законе предусматриваются и определенные случаи, при которых зачет обязателен. Так, кредитору запрещено обращаться со своим требованием к субсидиарному должнику, если оно может быть удовлетво-

Редакция нормы об исковой давности применительно к зачету в действующем Кодексе отличается от аналогичной нормы ГК 64 (ст. 230) в связи с изменением правовой регламентации исковой давности, Имеется в виду, что п. 2 ст. 199 ГК теперь допускает применение исковой давности только по заявлению стороны в споре, сделанному до вынесения судом решения.

В соответствии с п. 2 ст. 90 ГК запрещается освобождение участников общества с ограниченной ответственностью от внесения вклада в его уставный капитал путем зачета требований к обществу. Аналогичным образом не допускается освобождение акционера от обязательности оплатить акции путем такого же зачета требований к обществу (п. 3 ст. 99 ГК).

рено путем зачета встречного требования к основному должнику (п. 2

ст. 399 ГК).

В некоторых статьях содержатся специальные нормы о порядке зачета. Так, зачету встречных требований банка и клиента по счету посвящена ст. 853 ГК, которая предусматривает, в частности, обязанность информации банком клиента о произведенном зачете с указанием предельных сроков

для такой информации.

Особенность зачета состоит в том, что для его действительности достаточно воли одной из сторон. Указанное правило носит императивный характер. Его появление связано с безусловной презумпцией экономической выгоды зачета для оборота.

В ряде случаев соответствующая норма наделяет возможностью производить зачет прямо названную в ней сторону. Так, все та же ст. 853 (ч.2) ГК говорит о праве именно банка произвести зачет денежных требований к клиенту, связанных с кредитованием счета и оплатой услуг банка, а также требований клиента к банку об уплате процентов за пользование денежными средствами. Статья 832 ГК предусматривает право должника в случае обращения к нему с требованием финансового агента предъявить к зачету свои денежные требования, основанные на договоре с клиентом, если они уже у должника имелись ко времени, когда он был уведомлен об уступке требований финансовому агенту. Пункт 4 ст. 954 ГК содержит указание на право страховщика, если страховой случай наступает ранее срока уплаты очередного страхового взноса, при определении размера подлежащего выплате страхового возмещения или соответственно страховой суммы зачесть сумму просроченного страхового взноса. Приведенные нормы отнюдь не исключают того, что вторая, не упомянутая в соответствующих статьях сторона имеет такое же право на односторонний зачет.

Зачет является способом прекращения обязательств, который приобретает в настоящее время большое экономическое значение, поскольку широкое его использование позволяет сократить денежную массу, необходимую для нормального оборота, содействовать ликвидации задолженности во взаимоотношениях между его участниками.

Под прекращением обязательства совпадением в одном лице должника с кредитором (ст. 413 ГК) имеются в виду случаи, когда к стороне, выступающей в договоре в качестве должника, переходит по какому-либо указанному в законе основанию (например, в силу универсального правопреемства, при этом в равной мере в отношении наследования для граждан или реорганизации – для юридических лиц) обязательство, в котором указанное лицо является кредитором по отношению к контрагенту – должнику (имеется в виду применительно к реорганизации юридического лица -слияние и присоединение).

Новация (ст. 414 ГК) означает любое изменение договора с тем, что сами стороны по соглашению между собой продолжают занимать свои места в правоотношении. Так, например, новацией были признаны Высшим Арбитражным Судом РФ случаи, когда между банком и его клиентом заключен единый кредитный договор, объединивший задолженность клиента по всем ранее заключенным договорам', когда арендатор судна заключил договор, по которому приобрел его в собственность2.

Поскольку новация представляет собой способ прекращения обязательства, вместе с основным обязательством предполагается, на что уже обращалось внимание, прекращение и субсидиарных обязательств, в частности, по поводу различных способов обеспечения (п. 3 ст. 414 ГК). По этой

причине, если стороны выразят желание сохранить субсидиарное обязательство, им необходимо достичь соглашения, которое и станет в таком случае основанием возникновения соответствующего субсидиарного обязательства. Имеется в виду, что при коллизии между первоначальным договором и последующим соглашением приоритетом пользуется последнее.

Для осуществления новации необходимо, чтобы и первоначальное и новое обязательство были бы действительными. Соответственно, если первоначальное обязательство будет признано недействительным, то таким же придется признать и новое. В случаях, когда недействительным является новое обязательство, новация признается несостоявшейся, а значит, стороны остаются связанными первоначальными обязательствами.

В самом ГК специально выделено запрещение новации применительно к обязательствам по возмещению вреда жизни или здоровью и по уплате алиментов (п. 2 ст. 414 ГК). Необходимость в такой норме связана, если не считать личного характера соответствующих требований, в первую очередь с тем, что предмет и способ исполнения соответствующего обязательства определяются не стороной, а самим законодателем.

В ст. 414 ГК отсутствует специальное условие о форме сделки, которая лежит в основе новации. Исключение составляет ст. 818 ГК, посвященная новации долга в заемное обязательство, которая должна совершаться в форме, предусмотренной для заключения договора займа. Есть основание сделать вывод, что и в целом на все случаи изменения вида договора распространяется указанное требование «о форме сделки». Речь, таким образом, идет о превалировании правила, относящегося к новой сделке.

Прощение долга (ст. 415 ГК) в его качестве способа прекращения обязательства представляет собой одну из новелл ГК. Она выражается в освобождении кредитором должника от лежащих на нем обязанностей.

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 5.

С. 97.

2 См. там же. № 8. С. 22-23.

Признаком прощения долга как особого способа прекращения обязательств служит то, что при нем не предполагается какое бы то ни было встречное удовлетворение. Иначе отношения сторон превратятся, в зависимости от обстоятельств, в новацию или отступное. Поскольку прощение долга представляет собой освобождение кредитором должника от имущественной обязанности, совершаемое по соглашению между сторонами, оно превращается в предмет договора дарения. По этой причине к прощению долга следует применять, среди прочего, нормы ГК, которые устанавливают случаи запрета дарения (ст. 575) либо его ограничения (ст, 576).

Прощение долга не допускается, если это нарушает права других лиц в отношении имущества кредитора. Примером может служить прощение долга юридическим лицом в преддверии предстоящего банкротства. Речь идет о том, что Закон о несостоятельности (банкротстве) предприятий именует «недобросовестным удовлетворением требований кредиторов» (удовлетворением требований отдельных кредиторов в ущерб интересам остальных кредиторов)'.

Прекращение обязательства невозможностью исполнения предусмотрено ст. 416 ПК. В литературе принято выделять различные виды невозможности исполнения – физическую и юридическую,

субъективную и объективную, первоначальную и последующую. Статья 416 ГК, посвященная указанному основанию прекращения обязательств, имеет в виду прежде всего невозможность исполнения последующую, поскольку невозможность, существующая в момент, когда обязательство должно было возникнуть, означает, что оно просто не возникнет: здесь действует прямо не за-

' Так, в силу ст. 18 указанного Закона с момента признания должника несостоятельным (банкротом) и принятия решения об открытии конкурсного производства запрещается передача либо другое отчуждение имущества должника (кроме случаев, когда разрешение на отчуждение дано собранием кредиторов), а также погашение его обязательств. К этому следует добавить право конкурсного управляющего оспаривать в Арбитражном суде сделки должника, заключенные им в течение последних шести месяцев, предшествующих возбуждению производства по делу о несостоятельности (банкротстве) предприятия (ст. 21).

Статья 195 Уголовного кодекса Российской Федерации относит к новым, ранее не известным преступлениям неправомерные действия при банкротстве. Это – «неправомерное удовлетворение имущественных требований отдельных кредиторов руководителем или собственником организации-должника или индивидуальным предпринимателем, знающим о своей фактической несостоятельности (банкротстве). заведомо в ущерб другим кредиторам...». При этом наряду с уголовной ответственностью указанного лица установлена аналогичная ответственность кредитора, который принял такое удовлетворение, зная об отданном ему предпочтении .несостоятельным должником в ущерб другим кредиторам.

крепленный в законодательстве, но общепризнанный принцип: «невозможное не может стать предметом обязательства».

Последующая невозможность исполнения может быть в равной мере как юридической, так и фактической. Юридическую невозможность может создать, например, акт Государственного таможенного комитета РФ, осуществляющего предоставленное ему право ограничивать или запрещать ввоз товаров в свободные таможенные зоны или помещать их на свой склад1. Сама ст. 416 ГК подразумевает фактическую невозможность, которая выражается в том, что обязательство не может быть исполнено в натуре.

Невозможность, о которой идет речь, имеет место прежде всего в случаях, когда предметом обязательства является передача индивидуально определенной вещи. Как подчеркивал Л.А. Лунц: «Обязательство, имеющее своим предметом вещи, определенные родовыми признаками, лишь в исключительных случаях прекращается невозможностью исполнения, так как доказать полное отсутствие в обороте вещей данного рода обычно весьма трудно («род никогда не погибает»)»2.

Критерием для выделения фактической невозможности исполнения обязательства может служить состояние рынка соответствующих товаров, работ и услуг. Следовательно, если из-за пожара перестало работать предприятие, единственное способное выпускать необходимые для исполнения обязательства изделия, то такая ситуация ничем не отличается от той, при которой предметом обязательства служит индивидуально-определенная вещь.

Пункт I ст. 416 ГК устанавливает, что обязательство прекращается невозможностью исполнения только в случаях, если она была вызвана обстоятельствами, за которые ни одна из сторон не отвечает. В период действия ГК 64, когда основное начало ответственности состояло в том, что должник должен был нести ответственность только при виновном нарушении обязательства, было важно

разделить случаи невозможности исполнения, происшедшие по вине должника (субъективная невозможность) и без такой вины (объективная невозможность). Теперь, когда ответственность по обязательствам, связанным с предпринимательской деятельностью, наступает без вины и освобождение от ответственности за нарушение таких обязательств возможно лишь при наличии непреодолимой силы (ст. 401 ГК), указанное деление утрачивает в соответствующих случаях свое значение. В результате прекращение договора без трансформации его в обязательство имеющее содержанием ответственность, происходит лишь при

См. п. 6 Положения о Государственном Таможенном комитете Российской Федерации от 25 октября 1994г. (Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. №27. Ст. 2855). 2 Новицкий И.Б.. Лунц Л.А. Указ. соч. С. 348.

условии, если невозможность исполнения возникла не по вине стороны, а в обязательстве, носящем предпринимательский характер, – вследствие непреодолимой силы или вины кредитора.

Вместе с тем следует иметь в виду необходимость распространительного толкования ст. 416 ГК: договор (обязательство) прекращается применительно прежде всего к индивидуально-определенной вещи и тогда, когда невозможность произошла вследствие обстоятельства, за которое та или иная сторона отвечает. Все дело лишь в том, что в последнем случае обязательство передать товары, выполнить работы или оказать услуги прекращается, но возникает обязательство возместить убытки, возвратить стоимость товаров, работ и услуг и т.п. Если невозможность исполнения возникла вследствие обстоятельств, за которые ни одна из сторон не несет ответственности, каждая из них вправе требовать возврата того, за что она не получила встречного удовлетворения. В противном случае за счет стороны, исполнившей обязательство и не осуществившей встречного удовлетворения, ее контрагент неосновательно обогатится.

По-иному складывается ситуация, если имела место невозможность исполнения, за которую отвечает тот или другой из контрагентов. Один из таких случаев выделен в п. 2 ст. 416 ГК. Указанная норма явно имеет в виду двусторонний договор. Именно для него возникает необходимость определить, вправе ли контрагент требовать возврата того, что им было исполнено по обязательству и за что он не получил встречного удовлетворения? Пункт 2 указанной статьи дает ответ применительно к одной ситуации: в случаях, когда, невозможность для должника исполнить обязательство возникла по вине кредитора, последний не может требовать возвращения исполненного им по обязательству.

Исключительный характер указанной нормы позволяет от противного сделать вывод: во всех остальных случаях, т.е. тогда, когда кредитор невиновен в возникшей невозможности исполнения, он вправе требовать компенсации за все то, за что не получил встречного удовлетворения (исполнения). Речь идет о восстановлении нарушенной по обстоятельствам, не зависящим от самой стороны, эквивалентности в ее отношениях с контрагентом. Необходимость именно такого решения связывалась с тем, что в противном случае сторона, не исполнившая обязательство, оказалась бы в положении лица, неосновательно обогатившегося за счет другого (своего контрагента)'.

' В.А. Рахмилович, как нам показалось, не учел особенности приведенной нормы, сделав из нее не совсем соответствующий ее смыслу и значению вывод, будто нельзя «по правилам Общей части получить обратно исполнение в случае невозможности исполнения встречного обязательства, если только об этом прямо не предусмотрено договором» (Рахмилович В.А. О достижениях и просчетах нового Гражданского кодекса

Статья 416 ГК предусматривает две ситуации. При первой все завершается тем, что права и обязанности сторон утрачивают свою силу. При второй одновременно с прекращением связывающего их одного обязательства (договора) возникает другое обязательство (в частности, другой договор).

Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 4. С, 126). Между тем в данном случае налицо широко распространенный в законодательстве способ регулирования, при котором воспроизводится определенное правило и прямо подчеркивается, как имеет место в п. 2 ст. 416 ГК, его исключительный характер. В указанных случаях a contrario может быть сделан вывод о действии в остальных случаях прямо противоположного правила. Расчет на применение норм a contrario очень широко применяется законодателем, и, если бы он поступил иначе, «сам себя толковал», то объем Кодекса вырос бы во много раз. Вот только один пример: в силу п. 2 ст. 955 ГК «застрахованное лицо... может быть заменено страхователем лишь с согласия самого застрахованного лица». С позиции В.А. Рахмиловича, здесь следовало бы сразу же указать иное: а если согласия застрахованного нет, менять застрахованное лицо запрещается. Законодатель этого не сделал и, думается, тем самым выбрал единственно правильный путь.

Тот же автор высказал и другую спорную мысль, полагая, что применение в подобных случаях правил о неосновательном обогащении «усложняет решение вопроса, требует известной профессиональной изощренности» (там же). Между тем, использование норм о неосновательном обогащении в рассматриваемых и сходных с ним ситуациях не вызывало и не вызывает особых затруднений у суда. В подтверждение можно сослаться на решение, вынесенное судом в военные годы (Судебная практика. 1946. Вып. V. С. 30. Анализ дела проведен В.А. Рясенцевым -Вопросы недействительности сделок в судебной практике // Социалистическая законность. 1950. № 10) и совсем недавно (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 3996. № 10. С. 90). К этому следует добавить, что в ГК соответствующий случай прямо упомянут в ст, 1103, посвященной случаям возникновения обязательства из неосновательного обогащения. :'

Сторонником именно такого, как в ГК, решения был в свое время Г.Ф. Шер-шеневич,

Со ссылкой на немецкое и швейцарское право, а также право российское он приходил к выводу: «Невозможность исполнения обязательства одной стороной освобождает от исполнения в двустороннем обязательстве и другую сторону от лежащей на ней обязанности, а в случае, если она уже исполнила свою обязанность, то создает право потребовать обратно переданное без достаточного основания» (Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. 1912. С. 496), При этом автор сослался на ст. 275 ГГУ, считая, что и при отсутствии в ней прямой отсылки к правилам о неосновательном обогащении такой вывод считается сам собой разумеющимся,

Отвергая содержащееся в ст. 416 ГК решение. В,А. Рахмилович, вместо этого предлагает использовать идею «тщетности» (frustration), на которой строится английский закон 1943 г. По этому поводу хотелось бы отметить, что само исходное

Чаще всего с прекращением обязательства передать товары, выполнить работы, оказать услуги между сторонами возникает обязательство, имеющее своим предметом необходимость одной стороны договора возместить контрагенту возникшие вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения первоначального обязательства убытки'. Сама ст. 416 ГК ограничивается выделением невозможности исполнения, которая порождает полное прекращение обязательства между сторонами, т.е. последствия первого рода. Для наступления такого последствия необходимо, чтобы ни одна из сторон обязательства не могла быть признана ответственной за создавшуюся

невозможность исполнения. Должник обязан отвечать за последствия наступившей невозможности исполнения при условии, если это произошло в период, когда он находился в просрочке2.

понятие (frustration) является весьма гибким и не известным континентальному, в

том числе российскому, праву.

Объективной оценке значимости указанного закона может содействовать мнение на этот счет крупнейшего специалиста в области правового регулирования международной торговли профессора Клайва Шмиттгофа. Приведя многочисленные дела, связанные с применением указанного закона, он подчеркнул: «Внимательный читатель может сделать вывод о том, что не всегда легко определить в конкретном случае, имела ли место тщетность договора. Он может прийти к выводу, что более разумно сторонам включить в договор положение, заранее определяющее их взаимные права и обязанности в случае наступления некоторых событий, находящихся вне их контроля, независимо от того, влекут ли они по закону такие события в виде тщетности договора или нет» {Шмиттгоф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М.: Юрид. лит., 1993. С. 118). И там же несколько ранее (С. 107):

«Несмотря на то, что в английском праве тщательно обоснованы основные принципы доктрины тщетности, на практике нередко трудно бывает решить, влекут ли обстоятельства конкретного дела тщетность договора или нет». Вызывает сомнение, стоит ли конструкцию, которая видит выход в том, чтобы в каждом заключенном договоре определять, какие обстоятельства создают «тщетность», использовать в нашем праве? Не случайно в праве США «Frustration» и «Impossibility» употребляются как сопряженные понятия, в частности применительно к ст. 2-641, 2-613 и 2-615 Единообразного торгового кодекса США (Conrtacts, Third Edition, John D. Calamori, Joseph M. Perillo. P. 575-584).

' См., в частности: Агарков М.М. К вопросу о договорной ответственности // Вопросы советского права. М,, 1995. С. 116 и ел.; Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С, 116 и ел.

2 Можно привести в качестве примера также Порядок организации поставок и перевозки продукции (товаров) для обеспечения народного хозяйства и населения Крайнего Севера и приравненных к ним местностей, которым предоставлено соответствующим министерствам право запрещать и ограничивать перевозки по железным дорогам, а также приморскими и речными портами грузов, следующих в районы Крайнего Севера.

Пункт 1 ст. 417 ГК предусматривает прекращение обязательства на основании акта государственного органа. В отличие от ст. 416 ГК в нем имеется в виду юридическая невозможность, создаваемая в равной мере актами государственного органа и органа местного самоуправления. Как правило, речь идет о запрещении соответствующим актом определенных действий, являющихся предметом обязательства. Примером может служить транспортное законодательство – ст. 108 и 75 КТМ, в силу которых возможно запрещение, исходящее от соответствующих органов, приема грузов для перевозки в определенных направлениях или назначением в определенные порты, а также задержка судна и грузов в морском торговом или рыбном порту, ст. 17 ВК, допускающая запрещение или ограничение в установленном Правительством порядке использования воздушного пространства или отдельных его районов, ст. 44 УЖД, устанавливающая порядок запрета погрузки в определенных направлениях. Создаваемая таким образом полная или частичная невозможность исполнения влечет за собой соответственно полное или частичное прекращение обязательства.

Примером акта, повлекшего юридическую невозможность исполнения договоров, может служить и

Указ Президента РФ от 21 ноября 1994 г., установивший мораторий на экспорт противопехотных мин, не оснащенных механизмами самоликвидации и не обнаруживаемых миноискателями'.

Если речь идет об акте государственного органа или органа местного самоуправления, то такой ненормативный, а в случаях, предусмотренных законом, – нормативный (в последнем случае имеется в виду акт, нарушающий права и свободы граждан) акт может быть признан судом недействительным. И тогда в случаях, когда кредитор не утратил интереса к обязательству и это не противоречит соглашению сторон либо существу обязательства, оно подлежит восстановлению.

Определенные требования, связанные с прекращением обязательств вследствие издания соответствующего акта, сторона может адресовать и своему контрагенту. Это связано с принципом, в силу которого по общему правилу каждая из сторон должна возвратить все то, что может расцениваться как неосновательно полученное ею (ст. 1103 ГК).

Если акт, о котором идет речь, будет признан судом недействительным, контрагенты вправе требовать в зависимости от того, какой именно орган издал соответствующий акт, возмещения убытков от Российской Федерации, субъектов Федерации или муниципального образования в соответствии со ст. 15 и 1069 ГК.

Смерть гражданина (ст. 418 ГК) может повлечь за собой прекращение обязательства (договора) в случаях, когда исполнение носит личный

Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 31. Ст. 3250.

характер, т.е. когда обязательство не может быть исполнено без личного участия самого должника или иным образом с ним связано неразрывно.

В ряде статей ГК предусмотрено, что смерть должника непременно вызывает прекращение соответствующего договора. Например, в ст. 701 ГК -смерть ссудополучателя, в п. 1 ст, 977 ГК – смерть доверителя или поверенного. Такие же последствия влечет смерть агента (ст. 1010 ГК) или доверительного управляющего (п. 1 ст. 1024 ГК).

Прекращение обязательства (договора) может наступить вследствие смерти гражданина-кредитора при условии, если исполнение предназначалось самому кредитору либо иным образом связано с его личностью (п. 2 ст. 418 ГК). Применительно и к этому случаю в отдельных главах ГК содержатся статьи, предусматривающие безусловное прекращение обязательства в связи со смертью гражданина-контрагента. Имеются в виду. например, смерть гражданина – участника товарищества в случае прекращения договора простого товарищества (п. 1 ст. 1050), при определенных условиях смерть -* правообладателя в договоре коммерческой концессии (п. 2 ст. 1038 ГК).

В некоторых случаях у наследников умершего должника могут возникнуть в силу закона обязанности. Например, ст. 979 ГК предусматривает обязанность наследников поверенного в договоре поручения известить доверителя о смерти поверенного, принять меры для охраны имущества доверителя, в частности сохранения его вещей и документов с последующей передачей их контрагенту умершего. Указанная обязанность связывает доверителя с поверенным.

По общему правилу ликвидация юридического лица (ст. 419 ГК) влечет за собой прекращение обязательства независимо от того, выступало ли юридическое лицо в роли кредитора или должника. Однако из этого правила сделано исключение для случаев, когда законом или иными правовыми актами исполнение обязательств ликвидированного юридического лица возложено на других лиц. В

качестве примера в самой ст. 419 ГК приводится требование о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина. Последний случай урегулирован п. 2 ст. 1093 ГК.

В указанном этой нормой случае вместо прекращения обязательства происходит смена сторон. Так, при ликвидации юридического лица, на которое была возложена ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, осуществляется капитализация платежей (п. 1 ст. 64 FK). Капитализация соответствующего платежа сводится к замене в обязательстве ликвидированного юридического лица-должника страховой организацией.

Специальные последствия ликвидации юридического лица преду-смотрены применительно к некоторым типам (видам) договоров. Так, например, при ликвидации юридического лица – ссудодателя его права и обя

занности переходят к тому, кто приобрел право собственности или иное право, на основании которого была передана вещь, служащая предметом договора безвозмездного пользования (п. 2 ст. 700 ГК). Ликвидация в том же договоре юридического лица – ссудополучателя влечет иное последствие; вместо сингулярного правопреемства – прекращение договора. Однако сторонам предоставляется право предусмотреть в договоре иное.

При ликвидации юридического лица возникает обязанность, совпадающая с той, о которой шла речь применительно к смерти поверенного -гражданина. В данном случае эту обязанность в договоре поручения несет ликвидатор юридического лица (п. 2 ст. 979 ГК). Речь идет о необходимости извещения доверителя и о принятии мер для охраны имущества последнего.

Применительно к общим основаниям, содержащимся в гл. 26 ГК, прекращение договора может происходить в трех формах: во-первых, по согласованной воле сторон (имеется в виду соглашение о прекращении договора, отступное, новация, прощение долга), во-вторых, по воле одной из сторон, независимо от согласия контрагента на этот счет, и, в-третьих вследствие обстоятельств, которые вообще от воли сторон не зависят (невозможность исполнения и смерть гражданина). Совпадение в одном лице обоих контрагентов, а также ликвидация юридического лица в принципе могут быть отнесены к любой из этих трех групп в зависимости от того, какие именно обстоятельства вызвали наступление соответствующих обстоятельств.

Особенность действующего ГК состоит в том, что он содержит специальную оговорку, которая подчеркивает открытый характер перечня оснований прекращения обязательств. Имеется в виду п. 1 ст. 407 ГК, в силу которого обязательство прекращается полностью или частично по основаниям, которые содержатся в ГК (речь идет об основаниях, включенных в гл. 26 ГК, а также и находящихся в других главах Кодекса), в других законах, иных правовых актах или в договоре. Хотя аналогичной нормы в предшествующих кодексах не было, но примерный характер содержащегося в них перечня оснований прекращения обязательств не вызывал сомнений.

Применительно именно к договорному обязательству п. 3 ст. 425 ГК увязывает его существование с вопросом о сроке действия договора. Общее правило сводится к признанию обязательства прекращенным с момента наступления предусмотренного в нем срока, но лишь в случаях, когда на этот счет есть прямое указание в законе или договоре. Если же такое указание отсутствует, действует «запасная норма»: договор сохраняет силу до определенного в нем момента окончания исполнения сторонами обязательства. Следовательно, если, например, договор предусмотрел ежемесячную

поставку товаров на протяжении 1997 г., то при отсутствии в нем специальных указаний на этот счет

обязательство поставки прекращается 31 декабря того же года. Отмеченное обстоятельство, однако, не освобождает сторону от ответственности за допущенные в период действия договора его нарушения. Имеются в виду в равной мере как возмещение убытков, так и уплата причитающейся за 1997 г. неустойки.

4. СПЕЦИАЛЬНЫЕ СЛУЧАИ ИЗМЕНЕНИЯ ДОГОВОРА (ЗАМЕНА СТОРОН)

Глава 25 ГК подразумевает под изменением договора ситуацию, при которой в нем меняется какое-либо из условий с тем, однако, что, по крайней мере;, стороны всегда остаются теми же. Таким образом, речь идет о внутреннем изменении, которое происходит в рамках первоначального договорного правоотношения, Однако гражданское законодательство знает и другую столь же традиционную форму изменения обязательств вообще, договоров в частности. Имеется в виду прямо противоположная ситуация, когда договор (обязательство) сохраняется в первоначальном виде, но меняются его стороны. Это означает, что происходит лишь внешнее изменение договора (обязательства). По поводу указанных, принципиально отличных одно от другого изменений О.С. Иоффе отмечал: «При изменении субъектов сохраняется тот же вид обязательства, но между другими лицами, тогда как при замене одного обязательства другим между теми же самыми субъектами прежний вид обязательственных связей исчезает, а новый появляется. Поэтому в первом случае речь должна идти об изменении и только во втором – о прекращении обязательства»'.

Изменение обязательств, выходящее за рамки гл. 25 ГК, опирается на одну из трех конструкций; переход прав стороны, выступающей в качестве кредитора, к третьему лицу (цессия), перевод должником своего долга на другое лицо и суброгация – исполнение третьим лицом обязательства с одновременным вступлением в права кредитора. Развернутый гражданский оборот предполагает использование в разной степени всех трех форм изменения договора. Отвечая этим потребностям, ГК развил регулирование

первых двух форм и впервые выделил третью.

В период действия ГК 64 господствующая точка зрения, выраженная, в частности, в учебниках2, признавала правовым основанием как цессии, так и перевода долга особую (специальную) сделку: соответственно «соглашение об уступке требования» и «соглашение о переводе долга». При-

' Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 184. 2 Советское гражданское право. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1979. С. 450 (автор –Коваленко Н.И.). См. также: Советское гражданское право. Т. 1.'М.: Юриздат, 1965. С. 473 (автор-МасядевД.Л.) идр.

знание указанного особого вида сделок (договоров) было связано с тем, что в отличие от ГК 22, исходившего из того, что договор купли-продажи может иметь в качестве предмета не только вещи, но и права, ГК 64 аналогичную норму в одноименную главу не включил. При этом содержание главы о купле-продаже в этом Кодексе позволяло сделать вывод, что договор купли-продажи не охватывает реализации прав. Соответственно, например, в последнем по времени учебнике из числа изданных до принятия нового ГК под предметом купли-продажи понимались исключительно «движимые» и «недвижимые» вещи'.

Действующий Кодекс вернулся к позиции ГК 22. Теперь в нем прямо указано на то, что положения о купле-продаже применяются к движению имущественных прав, если иное не вытекает из содержания

или характера этих прав (п. 4 ст. 454 ГК). Следует отметить, что ГК пошел далее Кодекса 1922 г., поскольку еще одна глава в нем – о дарении -- содержит специальную на этот счет норму. Она признает дарением договор, по которому даритель передает или обязуется передать одаряемому имущественное право (требование) третьему лицу.

С учетом указанных новелл ГК есть основания вернуться к модели перехода прав и перевода долга, представление о которой можно было составить исходя из отдельных аысказываний И.Б. Новицкого. Так, в частности, применительно к перемене лиц в обязательстве он писал о «продаже прав», о «распространении на уступку прав норм о купле-продаже», о том, что «ответственность лица, уступившего право, конечно, не одинакова в зависимости от того, возмездная или безвозмездная была в данном случае уступка». «Договор (о принятии долга) заключается между первоначальным и новым должником, а кредитор тут же дает согласие на замену одного должника другим»2. Соответствующие положения в конечном счете могли служить основанием для вывода: движение имущественных прав (а равно и долга) происходит в рамках соответствующих гражданско-правовых договоров, имеющих своим предметом имущество.

Цессия выражается в передаче цедентом цессионарию определенного права в силу сделки или на основании закона. Тем самым в первом случае сама передача имеет основанием договор, связывающий цедента с цессио-нарием. Но этим договором является не цессия, как нередко полагают, а та сделка, на которую опирается переход, составляющий сущность цессии.

В пользу такого вывода можно привести ряд соображений. Прежде всего следует отметить, что глава о перемене лиц в обязательстве регулирует в основном отношения между должником и старым, а также новым кредиторами и в значительно меньшей степени отношения между сторона-

См.: Советское гражданское право. Т. 1. М-: БЕК, 1993. С. 67;

Новицкий И.Б„ Луни Л.А. Указ. работа. С. 226 и 229.

ми в договоре, применительно к которому происходит переход прав (т.е. между старым и новым кредиторами). В этой связи возникает потребность в использовании определенных, не связанных со спецификой вещей норм о купле-продаже – таких, например, которые определяют момент исполнения договора, устанавливают ответственность за различные нарушения, предусматривают порядок выполнения отдельных обязанностей сторонами и др. Без этих норм остается открытым характер юридической связи между цес-сионарием и цедентом. Это же относится и к нормам о дарении: возможности для одаряемого принять дар, запрещении, ограничении и отмены дарения.

Еще одно соображение в пользу отрицания самостоятельности договоров цессии и выражается в невозможности и индивидуализации таких договоров и нахождения им места в системе договоров. Достаточно указать на то, что договоры, о которых идет речь, могут быть иногда односторонними, иногда двусторонними, иногда возмездными, иногда безвозмездными, иногда реальными, иногда консенсуальными, иногда абстрактными, иногда казуальными, притом в различных комбинациях. Такое аморфное состояние исключает возможность выделения соответствующей договорной конструкции'. Однако есть и более веский аргумент, имеющий практическое значение. Если договор цессии – самостоятельный договор, отличный, в частности, от договора дарения, это дает возможность обойти запрет безвозмездной передачи прав, в частности между коммерческими организациями. Стоит лишь назвать договор, по которому безвозмездно переходит право, «цессией», как отпадут основания для применения ст. 575 и 576 ГК. Применительно к продаже прав конструкция

цессии снимает вопрос о связи перехода объекта прав с выполнением обязанностей лицом, которое передает право, и тем, кто это право принимает.

Чаще всего цессия происходит на основании договора купли-продажи2. К такого рода отношениям действует содержащееся в п. 4 ст. 454 ГК

' Приведенному выводу не противоречит выделение в качестве особого вида договоров дарения. Как уже отмечалось, по сути дела речь идет о двух договорах, хотя и одинаково названных; реальном дарении и дарении консенсуальном. 2 И.Б. Новицкий в цитированной работе («Общее учение об обязательстве») высказывал иную позицию, давая повод считать саму цессию – уступку прав – особым договором (Новицкий И.Б., Луни Л.А. Указ. соч. С. 223).

Однако в более поздней книге (имеются в виду «Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями». С. 29) И.Б. Новицкий изменил свою точку зрения. Рассматривая отношения, складывающиеся при эвикции, он писал: «Аналогичное положение мы имеем и в случае уступки права. Кредитор продал другому лицу свое право требования (ст. 202 ГК), совершил уступку права требования, купивший это право (новый кредитор) пытается осуществить приобретенное право».

указание на то, что нормы Кодекса о купле-продаже «применяются к продаже имущественных прав, если иное не вытекает из содержаний или характера этих прав»'. Точно так же для цессии могут использоваться и другие столь же традиционные гражданско-правовые договоры, опосредую-щие реализацию имущества, и, в частности, такие, как мена. Следует особо выделить договоры, для которых переход прав составляет специальный предмет. Один из них ~ договор финансирования под уступку денежного требования (гл. 43 ГК).

Для уяснения сущности цессии важное значение имеет определение ее соотношения с регрессом.

Пункт 1 ст. 382 ГК содержит специальную оговорку о том, что нормы о переходе прав не применяются к регрессным требованиям. Следует в этой связи отметить, что ни один из Гражданских кодексов (это относится и к ГК) не содержит норм, посвященных регрессу как таковому. Вместе с тем в каждом из них о регрессе шла речь в специальных статьях, использовавших для этой цели термин «регресс» либо «обратное требование».

Так, в ГК регрессным именуется требование должника, исполнившего солидарную обязанность, к остальным должникам (п. 2 ст. 325). Об обратном требовании поручителя, исполнившего основное должника, речь идет в п. 1 ст. 365 ГК.

Прямо названы регрессными требования к принципалу о возмещении уплаченных бенефициару сумм (ст. 379 ГК), арендодателя к арендатору – о

В арбитражной практике и теперь, однако, встречаются решения, которыми отношения между цедентом и цессионарием именуются договором цессии (Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №11, С. 76; 1997. № 4. С. 78; 1997. № 5, С. 88-89 и др.)

' ГК в вопросе об основаниях уступки требования вернулся к позиции ГК 22. Этот Кодекс применительно к предмету купли-продажи использовал в одноименной главе всюду термин «имущество». Это позволило ему распространить большинство норм о купле-продаже на случай реализации любого предмета, имея в виду, что имущество в широком смысле – это вещи, права и обязанности. Вместе с тем в главе, о которой идет речь, есть статья, специально посвященная купле-

продаже прав. Речь идет о ст. 202 ГК 22, которая была посвящена особенностям ответственности за качество при продаже прав.

ГК 64, напротив, использовал термин «имущество» только в определении договора купли-продажи, В остальных статьях речь идет о вещах. По этой причине объектом купли-продажи признавались, естественно, лишь вещи (см., например: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 212). В учебнике «Гражданское право» (Т. 2 / Под ред. Е,А. Суханова. М., 1993. С. 63) в само определение договора купли-продажи было включено указание на обязанность продавца «передать имущество (вещь, товар)». Такая точка зрения, высказанная в этих учебниках О.С. Иоффе и В.П. Грибановым, полностью соответствовала ГК 64.

возмещении средств, выплаченных по его вине третьим лицам (ст. 640 ГК), обязанного по чеку лица, погасившего долг чекодержателю, к остальным обязанным лицам (п. 1 ст. 885 ГК) и др.

Проблемы использования в праве регрессных обязательств были исследованы в ряде работ'. Автор одной из них, И.Б. Новицкий, пришел к следующему выводу: «Регрессным обязательством называется обязательство: а) являющееся следствием платежа одним лицом (кредитором по рег-рессному обязательству) другому лицу, хотя последовавшего юридически обоснованно, однако вызванного виной третьего лица (должника по рег-рессному обязательству) без вины со стороны первого; б) направленное к переложению уплаченной суммы на это третье лицо, по вине которого последовал платеж со стороны первого лица второму.

Возможна и другая, редко встречающаяся разновидность регрессного обязательства, когда регрессное требование возникает на почве получения известной суммы одним лицом от другого, за счет третьего лица»2.

Принципиальное различие регресса и цессии состоит уже в самом значении их для соответствующего права: регресс порождает право, а при цессии передается возникшее право.

На практике нередко возникает вопрос о возможности раздельной передачи основных и обеспечительных прав. Субсидиарный характер последних означает, в частности, что обеспечительные права не могут быть переданы в отрыве от основных. По этой причине Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отказался рассматривать переход прав на взыскание штрафа к тому, кому не было передано основное обязательство, как цессию (в указанном деле администрация сельского совета передала истцу право на взыскание причитающегося с банка штрафа за неисполнение поручения). Основанием для такого решения послужило то, что администрация не передавала истцу самих прав, возникающих из договора банковского счета. А поскольку перемены лиц в основном обязательстве не произошло, уступка требования о штрафе по конкретной расчетной операции противоречит ст. 384 ГКЗ.

' Имеется в виду: Агарков ММ. Обязательство по советскому гражданскому праву;

Новицкий И.Б. Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями; Юдельсон К.С. Регрессное обязательство в основных институтах советского гражданского права // Ученые записки СЮИ. 1945, Вып. 1, и др.

2 Новицкий И.Б. Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями. М.: Госюриздат, 1952. С. 94. '

3 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. №4. С. 78. См. также:

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. №5. С. 85.

В одном случае – применительно к уступке своих прав залогодержателем – соответствующее положение прямо закреплено в Кодексе. Имеется в виду ст. 355 ГК, которая признает такую уступку действительной лишь при условии, если тому же лицу были уступлены права требования к должнику.

Если иное не предусмотрено в законе, никто не может запретить сторонам включить в связывающий их договор условие, по которому кредитор будет лишен возможности уступить права требования третьему лицу, В случаях, когда такого условия в договоре нет, контрагент, который выступает в роли кредитора, может передать свои права, не спрашивая согласия должника. Единственное общее исключение из приведенного правила содержится в п. 2 ст. 388 ГК, который считает необходимым получение согласия на цессию, если личность кредитора имеет для должника существенное значение (например, личность нанимателя в договоре жилищного найма).

Статья 388 ГК, подобно ст. 211 ГК 64, предусматривает возможность запрета законом уступки права требования. С этим связано, в частности, то, что традиционные ограничения передачи другим организациям и гражданам прав на предъявление исков к транспортным организациям (кроме передачи грузоотправителем грузополучателю, грузополучателем грузоотправителю либо любым из них своей вышестоящей организации) с вступлением в силу ГК должны считаться продолжающими действие только в рамках, установленных ст. 4 Вводного закона, т.е. до принятия новых транспортных уставов и кодексов. В принятом после ГК Воздушном кодексе ранее содержавшаяся в нем ст. 109, запрещавшая передачу прав на предъявление претензии и иска, отсутствует, а значит, такая передача стала возможной.

В специальных нормах нередко уточняется круг случаев, при которых может быть произведена уступка прав. Например, в силу ст. 589 ГК только гражданам и некоммерческим организациям (применительно к последним -если это не противоречит закону и соответствует целям их деятельности) может быть переуступлено право по договору постоянной ренты ее получателем. В силу п. 2 ст. 631 ГК исключается передача арендатором своих прав (а равно и обязанностей) субарендатору по договору проката имущества.

Прямые запреты перехода прав в общем виде предусмотрены в ст. 383 ГК. В этой статье в качестве неотчуждаемых указаны все права, неразрывно связанные с личностью кредитора. ГК содержит примерный перечень таких прав, к числу которых относятся требования об алиментах и возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью. Аналогичные запреты помещены в отдельных главах, посвященных общей собственности. Например, запрет передачи другому лицу права преимущественной покупки доли -

п. 4 ст. 250 ГК. При аренде предприятия (п. 2 ст. 656 ГК) исключена возможность передачи прав арендодателя, полученных на основании разрешения заниматься соответствующей деятельностью. Последующая уступка денежного требования финансовым агентом допускается только при наличии специальных указаний в договоре финансирования под уступку денежных требований (ст. 829 ГК). Такой же порядок установлен в отношении передачи принадлежащего бенефициару по банковской гарантии права требования к гаранту (ст. 372 ГК).

Г Наряду с такого рода запретами передача прав в ряде случаев содержит прямо противоположные нормы, которые исключают возможность включения в договор условий, не допускающих передачи прав другим лицам.

Так, при неисполнении третьим лицом обязательства перед комиссионером уступка прав по такому договору комитенту допускается даже и тогда, когда в самом договоре соответствующая уступка ограничена или запрещена (п. 3 ст. 993 ГК). Аналогичным образом признается действительной уступка финансовому агенту денежного требования, несмотря на то что между сторонами существует соглашение, которое запрещает или ограничивает такую уступку (п. 1 ст. 828 ГК). Этот последний «запрет запрета» относится только к денежным обязательствам.

Отдельные требования, содержащиеся в гл. 24 ГК, ужесточаются в главах, посвященных отдельным договорам. Так, в уведомлении должника о происшедшей уступке прав, исходящем от финансового агента, должно быть указано подлежащее исполнению денежное требование, указан финансовый агент, которому необходимо произвести платеж, а кроме того, по просьбе должника ему следует представить последнему в разумный срок доказательства произведенной в действительности уступки требования (п. 2 ст. 830 ГК). – " /

В п. 3 ст. 559 и п. 2 ст. 656 ГК поименованы права, которые при отсутствии закона или иного правового акта не могут быть переданы вместе с остальным имуществом соответственно при его продаже или сдаче в аренду (имеются в виду продажа и аренда предприятия).

Статья 384 ГК позволяет сделать вывод о еще одном ограничении передаваемых прав: нельзя передать другому право, которое возникнет в будущем, поскольку объем передаваемых прав, как следует из указанной статьи, определяется на момент передачи. Из этого вытекает и то, что нельзя передать право, которое уже не принадлежит кредитору. В частности, это было признано арбитражным судом в деле, в котором установлено, что соответствующее право к моменту, когда его следовало передать, перешло к третьему лицу'.

1 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. №5. С. 98.

Основания перехода прав в силу закона включены в перечень, содержащийся в ст. 387 ГК. Сюда относятся, в частности, универсальное правопреемство кредитора (имеется в виду наследование – для граждан и реорганизация – для юридических лиц), решение суда о переходе прав кредитора другому лицу, когда возможность такого перехода предусмотрена законом. Специальные случаи перехода прав в силу закона выделены применительно к договорам аренды предприятия (п. 1 ст. 656) и комиссии (п. 2 ст. 993 ГК).

Поскольку переход прав составляет предмет отношений только старого и нового кредитора, согласия должника на такой переход не требуется. Должника необходимо лишь письменно уведомить о состоявшемся переходе прав. При этом риск выполнения должником обязательства старому кредитору, несмотря на уступку прав, несет первоначальный кредитор. Имеется в виду, что неуведомление должника о состоявшейся передаче, к тому же непременно в письменной форме, означает его право исполнить обязательство первоначальному кредитору и таким образом прекратить обяза-тельство<см. п. 3 ст. 382 ГК).

Замена кредитора при цессии, выражающаяся в переходе прав, происходит .безусловно и окончательно. По этой причине Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отказался признать цессией случай, когда сторонами был заключен договор, по которому прежнему кредитору через определенное время необходимо было возвратить уступленное ему право. В постановлении по этому же делу подчеркивалось, что не может быть признана цессией уступка прав, при которой в основном обязательстве продолжает участвовать кредитор, уступивший свои права'.

При цессии предполагается (если иное не предусмотрено законом или договором) переход всех тех же (по условиям и по объему) прав. которые принадлежали первоначальному кредитору. Соответственно, в состав передаваемых прав входят дополнительно существовавшие к моменту передачи субсидиарные права, выражающие определенные способы обеспечения обязательств. Теперь ГК присоединил к ним также и права на неуплаченные проценты (ст. 384).

Первоначальный кредитор обязан передать новому кредитору наряду с правом также и документы, которые его удостоверяют, а также необходимые для реализации права сведения. При цессии прав, возникающих из договора, контрагент (должник), в свою очередь, может требовать предоставления новой стороной-кредитором доказательств перехода к ней прав (п. 1 ст. 385 ГК). До представления таких данных должник может не исполнять обязательства, не рискуя при этом впасть в просрочку (п. 2 ст. 385 ГК). Бо-

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №,11. С. 76.

лее того, соответствующая ситуация должна рассматриваться как просрочка кредитора, влекущая последствия по ст. 406 ГК.

Сторона-должник вправе противопоставлять требованиям нового кредитора те же возражения, которые она имела против первоначального кредитора, и именно к моменту, когда ею было получено уведомление о состоявшейся цессии (ст. 386 ГК).

В связи с применением п. 1 ст. 388 ГК, предусматривающего, что уступка прав допускается только при условии, если это не противоречит закону, иным правовым актам или договору, возникает ряд вопросов.

Один из них – о возможности перехода к другому лицу прав, недостаточно определенных и несозревших, в частности таких, по которым не наступил срок требования. В свое время И.Б. Новицкий давал для обеих ситуаций одинаково положительный ответ: «Право требования, поставленное в зависимость от срока, условия и вообще неокончательно выяснившееся, передать можно: положение нового субъекта права в этих случаях будет такое же неопределенное, как было и у первоначального кредитора; право нового кредитора получит полную определенность только тогда, когда вопрос об условии и прочем разрешится»'.

На наш взгляд, следует различить две ситуации. Одна из них относиться к «созреванию права». Несозревшее право действительно можно пере-^ дать, и тот, кто его получит, будет обладать правом в том же объеме, в каком его имел прежний носитель. Об одном из таких случаев идет речь в п. 2 ст. 826 ГК, который признает будущее денежное требование перешедшим к финансовому агенту после того, как возникло соответствующее право, а если денежное требование обусловлено наступлением определенного события, то и право возникает у цессионария в момент, когда указанное событие в действительности наступит. С этой точки зрения нет препятствий к передаче прав на жилой дом до завершения строительства. Имеется в виду, что собственником дома лицо станет в момент, когда строительство окажется завершенным.

Иное дело – неопределенность права. Если право не является ни определенным, ни определимым, очевидно, есть основания считать договор, на основе которого должна происходить цессия, лишенным условия о предмете, признаваемом для всех договоров существенным.

Установлены пределы ответственности стороны-кредитора перед тем, кто его сменяет; прежний

кредитор отвечает за недействительность уступленных требований и не отвечает в то же время за их неисполнение, кроме случая, когда первоначальный кредитор принял на себя поручительство за должника (ст. 390 ГК). Примером последнего может служить делькредере -

' Новицкий И.Б„ Лунц Л.А. Указ. соч. С. 222.

ручательство комиссионера за; исполнение сделки третьим лицом (п. 1 ст..993ГК).

В ГК (ст. 389) перечислены определенные требования к форме перехода прав. Они состоят в необходимости облечь такой переход в простую письменную или соответственно нотариальную форму, если только сделка, на которой переход основан, также должна была совершаться в соответствующей форме. Кроме того, в случаях, когда иное не предусмотрено в законе, может оказаться необходимой и регистрация уступки требования в порядке, который установлен для регистрации породившего ее договора (например, договора о залоге прав на недвижимость – ипотеку).

Для формы передачи прав обязательны и другие требования, предъявляемые к сделке. В результате оказывается, что, например, при купле-продаже прав, осуществляемой между юридическими лицами либо юридическими лицами и гражданами, форма должна быть простой письменной (ст. 160 и 161 ГК). При этом в силу ст. 434 ГК соответствующая сделка может быть заключена, в частности, путем обмена документами. Для договора коммерческой концессии необходима, помимо письменной формы, регистрация (ст. 1028 ГК). Для залога прав на недвижимость – письменная форма, нотариальное удостоверение и государственная регистрация (ст. 339 ГК). Особо выделено требование, которое относится к ценным бумагам: переход ордерной ценной бумаги должен быть осуществлен на основе индоссамента, учиненного на самой ценной бумаге, а переход предъявительской ценной бумаги – путем прямого вручения (пп. 1 и 3 ст. 146 ГК). Переход именной ценной бумаги подчиняется общим правилам о цессии (п. 2 ст. 146 ГК). •

Передача прав путем индоссамента выходит за пределы правила об ответственности при уступке права требования. Имеется в виду, что в силу п. 3 ст. 146 ГК из индоссамента, учиненного на ордерной ценной бумаге, вытекает ответственность индоссанта не только за существование права, но и за его осуществление.

Принципиальная особенность второго способа изменения договоров перевода долга, в отличие от перехода прав, состоит в необходимости получить во всех случаях согласие кредитора (п. 1 ст. 391 ГК). Подобное ограничение сделано законодателем с учетом неоспоримой презумпции: от личности должника зависит возможность реального и надлежащего исполнения входящего в состав договора обязательства".

По указанной причине следует отметить сомнительность решения, содержащегося в п. 3 ст. 565 ГК, Эта статья допускает применительно к продаже предприятия ситуацию, при которой возможен переход к покупателю долгов продавца перед третьими лицами без согласия покупателя, только в силу того, что покупатель знал о таких долгах во время заключения договора и передачи предприятия. Тем самым

Другая особенность рассматриваемого способа состоит в том, что в этом случае не требуется согласия первоначального должника, а значит, передача может совершаться и помимо его воли.

- И.Б. Новицкий обратил внимание на необходимость разграничивать 1учаи, когда имущество одного

лица принимается другим лицом (приме-эм служит наследование), в связи с чем и долги, которые находились в составе этого имущества, переходят на новое лицо, а также ситуацию, при которой по договору о принятии на себя данным лицом долга другого лица происходит постановка на место одного должника другого. Суть различия состоит в том, что «при переходе имущества от одного лица к другому тот фонд, если можно так выразиться, из которого кредитору, на случай неисполнения обязательства, придется искать удовлетворения, не изменяется, вследствие чего можно признать, что действительно произошла смена должника, не влияющая на осуществление прав кредитора. Во втором случае возможность практического осуществления права кредитора изменяется, ибо за долг, который соответствует его праву, начинает отвечать уже не то имущество, которое отвечало до замены должника, а другое – имущество нового должника»'. В этой связи автором предлагалось заменить понятие «перевод долга» другим, более точным: «принятие на себя долга другого лица». Думается, что приведенная при этом аргументация не является достаточно убедительной. Это связано с тем, что «принятие...» ~ односторонний акт, в то время перевод долга имеет своим основанием двустороннюю сделку-договор, в силу которого одна сторона «передает», а другая «принимает».

Отдельные нормы о переводе долга сходны с применяемыми при переводе прав. Так, поскольку в том и в другом случае меняется субъектный состав обязательства, но остается неизменным его содержание, новый должник, как это имеет место и при переходе прав, может выдвигать против требований кредитора возражения, которые основаны на отношениях между ним и первоначальным должником. Таким же образом на перевод долга распространяются и правила о форме основополагающей сделки и необходимости ее регистрации, которые действуют в отношении перехода прав.

ГК 64 содержал норму (ст. 215), предусматривавшую, что поручительство и установленный третьим лицом залог прекращаются, если при пере

возникает коллизия как со ст. 391 (п. 1) ГК, так и со специальной нормой, которая устанавливает дополнительную гарантию кредитору на случай передачи его долга должником при продаже принадлежащего последнему права. На это обстоятельство впервые обратил внимание Г.Е. Авилов (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). С. 142). ' Новицкий И.Б., Луни Л.А. Указ. соч. С. 228.

воде долга поручитель или залогодатель не выразили согласия отвечать за нового должника. Теперь эти нормы, защищающие интересы поручителя и залогодателя, сохраняются. Все дело лишь в том, что они перенесены в параграфы, посвященные соответствующим способам обеспечения обязательств (см. ст. 356 и п. 2 ст. 367 ГК). В отличие от этого договорные условия о неустойке и задатке, а равно о вытекающем из закона удержании, в равной мере отличающиеся тем, что они не связаны с интересами третьих лиц, продолжают действовать. Самостоятельный характер обязательства банковской гарантии дает основания сделать вывод, что и она при переводе долга сохраняет силу.

На практике может возникнуть потребность в одновременном переводе долга и переходе прав по одному и тому же договору. С наиболее простым вариантом такой ситуации приходится сталкиваться при комиссии. В соответствии со ст. 986 ГК лицо, действующее в чужом интересе, заключая договор с третьим лицом, переводит на заинтересованное лицо обязанности по сделке, заключенной им с третьим лицом, и одновременно с обязанностями к заинтересованному лицу переходят также права по заключенной сделке.

Более сложный, как правило, вариант связан с продажей предприятия, когда к покупателю переходит имущественный комплекс, который может включать наряду с вещами также права и обязанности'.

К складывающимся в подобных случаях отношениям применяются в одно и то же время соответственно нормы о переходе прав и о переводе долга. Это означает, в частности, необходимость получения согласия кредитора (в части уступки прав) и уведомления должника (в части перевода долга). Исключения из этих положений должны быть установлены в законе.

При продаже предприятия в соответствии с п. 1 ст, 562 ГК необходимо письменно поставить в известность тех, кто являются кредиторами в передаваемых обязательствах. В число предоставленных им гарантий входит, в частности, возможность требовать признания продажи предприятия полностью или в соответствующей части недействительной. При этом молчание кредитора, уведомленного о предстоящей продаже предприятия, на протяжении трех месяцев рассматривается как согласие на такой переход. Аналогичная норма, направленная на защиту прав кредитора, содержится в главе об аренде предприятия (ст. 657).

ГК облегчает возможность одновременного перехода прав и перевода долга тем, что целый ряд вопросов, в частности, о форме перехода прав и переводе долга, решается в нем одинаково.

В праве США широко развита продажа дела (the Sale of Business), при которой происходит одновременная передача прав и обязанностей (Contract Law and Theory, Robert Scott, Donglaz Leslie, Chariottesville, Virginia. P. 874 etc.).

Термин «суброгация» использован в двух статьях ГК, при этом в обеих (ст. 387 и 956) он связан со страхованием. В указанных статьях имеется в виду суброгация страховщику прав кредитора к должнику, который отвечает за наступление страхового случая. Однако в действительности суброгация имеет место и в некоторых других ситуациях. Самое широкое ее применение, хотя и без использования соответствующего термина, связано с п. 2 ст. 313 ГК. В силу указанной нормы третье лицо, которое подвергается опасности утратить право на имущество должника (в качестве примера названы права аренды и залога) вследствие обращения взыскания на это имущество, может удовлетворить требования кредитора без согласия должника. Последствием этой ситуации и служит суброгация.

В самом ГК суброгация рассматривается как разновидность уступки требования. Это выражается в том, что в числе случаев перехода прав кредитора к другому лицу на основании закона указана «суброгация страховщику прав кредитора к должнику, ответственному за наступление страхового случая». Пункт2 ст. 313 ГК. не давая квалификации ситуации, складывающейся при исполнении обязательства третьим лицом, называет в числе применяемых норм те, которые посвящены переходу прав-

Суброгация действительно совпадает во многом с переходом прав, поскольку при этом, как подчеркивал Р. Саватье. «сохраняются тот же должник, те же обеспечения, тот же характер обязательств, те же проценты»'. И все же представляется целесообразным разграничить указанные две конструкции. Их анализ, проведенный Е. Годэмэ, привел его к выводу, что при всем сходстве цессии и суброгации есть основания для того, чтобы отделить одно от другого. Представляется, что высказанные последним автором соображения укладываются в рамки ГК. Так, в частности, Е. Годэмэ подчеркивал различие в решении вопроса о форме (не требуются формальности, предусмотренные для перехода прав), а равно ответственности. Смысл последнего различия иллюстрируется им на

таком примере: «Когда право требования на сумму 10000 франков было уступлено за 5000, цессионар становится кредитором должника на сумму 10000 франков2. Иначе происходит в случае суброгации. Цель суброгации в том, чтобы просто гарантировать защиту интересов лица, совершившего платеж... Следовательно, он вступает в права кредитора только в той сумме, в какой произвел платеж»3.

' Саватье Р. Теория обязательства. М.: Прогресс, 1972. С. 382.

2 В подтверждение этого вывода можно воспользоваться примерами из действующего ГК. Имеется в виду п. 1 ст. 831, в силу которого финансовый агент приобретает право на все суммы, которые он получит от должника во исполнение требования.

3 Годэмэ Евг. Указ. соч. С. 481. Соображения относительно сущности суброгации и перспектив ее применения содержатся а Научно-практическом комментарии к ГК РСФСР (автор соответствующего раздела – Кабатова Е.В.). С. 585.

Очевидно, основное различие цессии и суброгации связано с характером интересов вступающего в обязательство лица: при цессии цессионарий стремится приобрести право, принадлежащее цеденту, а при суброгации -вывести должников из обязательства, при этом приобретение права представляет собой способ, к которому прибег его приобретатель. Нормы о переходе прав кредитора (ст. 382-390 гл. 24 ГК) применяются в данном случае в порядке аналогии закона, а значит, при условии, если иное не предусмотрено в положениях, посвященных самой суброгации. В частности, речь идет о переходе всей полноты прав, кроме случаев, когда иное не предусмотрено в указанных нормах. Так, п. 1 ст. 956 ГК допускает возможность указания в договоре между старым и новым кредитором на то, что соответствующие права вообще не переходят, а значит, допустимо включение в такой договор и условия о неполном переходе (см, о случаях, когда такой переход прав не может исключаться, п. 1 ст. 965).

ГЛАВА VI. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

1. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ (СПОСОБЫ) ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Обеспечение обязательств – традиционный институт гражданского права. Такие способы обеспечения исполнения обязательств, как задаток, неустойка, поручительство и залог, были известны еще римскому праву. Необходимость их использования объяснялась тем, что кредитор имеет существенный интерес в том, чтобы быть уверенным в исполнении обязательств, и в том, чтобы обеспечить себе установление убытков, на возмещение которых он имеет право в случае неисполнения обязательства, наконец, кредитор заинтересован в том, чтобы побудить должника к своевременному исполнению под страхом невыгодных для должника последствий в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства'.

В российском дореволюционном законодательстве и гражданско-правовой доктрине также выделялись соответствующие способы обеспечения исполнения обязательства. К примеру, Анненков писал: «Под обеспечением следует понимать средства или способы, направленные на укрепление

обязательства, т.е. на придание им большей верности в отношении, разумеется, ничего иного, как получения по ним удовлетворения верителем, или, все равно, как говорит Мейер, приемы для доставления обязательственному праву той твердости, которой недостает ему по существу, как праву только на действия другого лица»2.

Положения об обеспечении исполнения обязательств имеются в гражданском законодательстве всех государств как континентальной Европы, так и относящихся к англо-американской правовой системе. Например,, Единообразный торговый кодекс США (ЕТК США) включает в себя раздел 9 «Обеспечение сделок». О сфере применения соответствующих положений можно судить по следующим нормам: «Настоящий раздел применяется к обеспечительным интересам, созданным посредством договора, включая ручной залог, цессию, ипотеку движимости, доверительную собственность

' Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М„ 1996. С. 335. .

2 Анненков К. Система русского гражданского права. Т. III: Права обязательственные. СПб., 1901. С.231.

на движимое имущество (chattel trust), договор за печатью о доверительной собственности, право удержания, принадлежащее фактору, доверительную собственность на оборудование, условную продажу, аренду и консигнацию, предназначенные служить обеспечением... Применение настоящего раздела к обеспечительному интересу в каком-либо обеспечительном обязательстве не затрагивается тем обстоятельством, что такое обязательство само обеспечено сделкой или интересом, к которым настоящий раздел неприменим (пп. 2 и 3 ст. 9-102).

В соответствии с современным российским законодательством для стимулирования должника к точному и неуклонному исполнению обязательства, а также в целях предотвращения либо уменьшения размера негативных последствий, которые могут наступить в случае его нарушения, обязательство может быть обеспечено одним из способов, предусмотренных ГК (ст. 329), иными законами или соглашением сторон.

Наряду с традиционными способами обеспечения обязательств, которые всегда существовали в гражданском законодательстве, а именно: неустойка, поручительство, задаток, залог, – ГК включает в себя два новых (по сравнению с ГК 1964 г.) способа обеспечения обязательств, которые ранее не были известны нашему законодательству. Речь идет о банковской гарантии и удержании имущества должника. Все указанные способы обеспечения обязательств различаются по степени воздействия на должника и методам достижения цели – побудить должника исполнить обязательство надлежащим образом. Поэтому от оптимального выбора кредитором способа обеспечения обязательства во многом будет зависеть и поведение должника.

В связи с этим необходимо учитывать особенности того или иного способа обеспечения обязательства и его возможности применительно к конкретным ситуациям. Скажем, неустойка и задаток одновременно представляют собой меры гражданско-правовой ответственности, и в качестве таковых ориентируют должника на исполнение обязательства в натуре под угрозой применения ответственности, которая носит реальный характер, поскольку взыскание неустойки или пени в фиксированном размере не требует от кредитора больших усилий, как, например, в случае с возмещением убытков, где нужно обосновывать и доказывать их размер.

Залог, поручительство, банковская гарантия повышают для кредитора вероятность удовлетворения

его требования в случае нарушения должником обеспеченного ими обязательства.

Выбор способа обеспечения обязательства во многом зависит и от существа этого обязательства. К примеру, для обязательств, возникающих из договора займа или кредитного договора, более привлекательными выглядят такие способы, как залог, банковская гарантия и поручительство, в то же время, если речь идет об обязательствах выполнить работу или оказать

услугу, возникающих из договоров подряда, банковского счета и т.п., предпочтительнее использование неустойки, поскольку интерес кредитора заключается не в получении от должника денежной суммы, а в приобретении определенного результата.

Интересная деталь. Обеспечение обязательства любым из приведенных способов также создает обязательственное правоотношение между кредитором и должником (или иным лицом, которое обеспечивает обязательство должника). Но это обязательство особого рода. Его специфика состоит в дополнительном (акцессорном) характере по отношению к обеспечиваемому обязательству (главному, основному обязательству). Эта особенность обеспечительного обязательства, т.е. его дополнительный характер по отношению к основному обязательству, проявляется во многих мо^ ментах, которые нашли отражение в ГК и ином законодательстве.

Во-первых, недействительность основного обязательства влечет за собой недействительность обеспечивающего его обязательства, и напротив, недействительность соглашения об обеспечении исполнения обязательства не влияет на действительность основного обязательства (пп. 2 и 3 ст. 329).

Во-вторых, обеспечительное обязательство следует судьбе основного обязательства при переходе прав кредитора другому лицу, например при уступке требования по основному обязательству (ст. 384).

В-третьих, прекращение основного обязательства, как правило, влечет и прекращение его обеспечения (ст. 352, 367 и некоторые другие).

Однако есть из этого правила и исключения. Например, имущество, находящееся в залоге, может стать предметом еще одного залога в обеспечение других требований (последующий залог). Последующий залог допускается, если он не запрещен предшествующими договорами о залоге (ст. 342). При ипотеке (залог недвижимости) допускается уступка кредитором своих прав в отношении ипотеки без уступки прав по основному обязательству (ст. 355). Совершенно особое положение среди способов обеспечения обязательств занимает банковская гарантия: предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от основного обязательства (ст. 370).

Принципиальное отличие положений об обеспечении исполнения обязательства, содержащихся в ГК, от ранее действовавшего законодательства состоит в том, что как законом, так и договором могут быть предусмотрены и иные (помимо тех, которые указаны в п. 1 ст. 329 ГК) способы обеспечения обязательства.

В изданных комментариях к ГК либо не содержится информации об иных способах обеспечения исполнения обязательства, предусмотренных законом, либо приводятся примеры, которые, на наш взгляд, не могут быть признаны удачными. Скажем, в одном из таких комментариев А.А. Рубанов

указывает: «Способы, введенные законом, но не включенные в перечень ст. 329 ГК, закреплены в самом Гражданском кодексе. Например – правила о встречном исполнении обязательств (п. 2 ст.

328)»'.

Как известно, нормы, названные в качестве примера законоположений, предусматривающих дополнительные способы обеспечения обязательства, наделяют субъекта встречного исполнения в случае непредоставления (полного или частичного) контрагентом обусловленного договором исполнения обязательства правом приостановить исполнение своего обязательства либо вовсе отказаться от его исполнения и потребовать возмещения убытков. Иными словами, при соответствующих условиях субъекту встречного исполнения предоставлено право на односторонние действия по изменению или прекращению обязательства. Такие действия в гражданско-правовой доктрине признаются мерами оперативного воздействия и представляют собой самостоятельный вид последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств. Указанные меры оперативного воздействия не имеют никакого отношения к способам обеспечения обязательства.

И тем не менее, в ГК действительно предусмотрены некоторые средства, призванные укрепить положение кредитора в обязательстве, которые могут быть признаны способами обеспечения исполнения обязательства. К числу норм, устанавливающих дополнительные способы обеспечения исполнения обязательств, на наш взгляд, могут быть отнесены положения: о субсидиарной ответственности участников полного товарищества, а также полных товарищей в товариществе на вере по обязательствам товарищества (п. 1 ст. 75, п. 1 ст. 82); собственника – по обязательствам казенного предприятия или учреждения (п. 5 ст. 115; п. 2 ст. 120); о праве кредитора, исполнившего сделку, в случае уклонения другой стороны от ее нотариального удостоверения требовать признания ее действительной (п. 2 ст. 165); о праве кредитора требовать регистрации сделки в случае уклонения другой стороны от ее регистрации (п. 3 ст. 165); об ответственности, которую наряду с должником несут третьи лица, на которых возложено исполнение обязательства, например норма, содержащаяся в п. 2 ст. 866 ГК, согласно которой в случаях, когда неисполнение или ненадлежащее исполнение платежного поручения имело место в связи с нарушением правил совершения расчетных операций банком, привлеченным для исполнения указанного поручения, ответственность может быть возложена на этот банк, и некоторые другие,

Что же касается дополнительных способов обеспечения исполнения обязательств, которые могут быть предусмотрены договором, то авторы

Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М„ 1996. С. 523,

комментариев обычно ограничивают все возможные случаи внесением должником определенной денежной суммы в депозит третьего лица'.

На наш взгляд, сам Гражданский кодекс ориентирует участников имущественного оборота на использование дополнительных способов обеспечения исполнения обязательств, предоставляя им возможность предусматривать в договоре условия, отличающиеся от диспозитивных правил ГК. К примеру, согласно ст. 211 ГК риск случайной гибели или случайного повреждения имущества несет его собственник, если иное не предусмотрено законом или договором. В связи с этим собственник, заинтересованный в своевременном возврате контрагентом его имущества, переданного в срочное владение или пользование, вправе предусмотреть в договоре возложение риска случайной гибели или случайного повреждения имущества на контрагента. Аналогичным образом может быть разрешен вопрос относительно бремени содержания имущества (ст. 210 ГК).

В соответствии со ст. 491 ГК в договоре купли-продажи может быть предусмотрено, что право собственности на переданный покупателю товар сохраняется за продавцом до оплаты товара. В этом случае покупатель до перехода к нему права собственности (т.е. до оплаты товара) будет не вправе отчуждать товар или распоряжаться им иным образом, а продавец на случай неисполнения покупателем обязанности по оплате товара получает право потребовать от него возвратить полученный товар. Таким образом. условие договора о сохранении права собственности на переданный покупателю товар за продавцом – дополнительный способ обеспечения исполнения обязательства.

В качестве способа обеспечения обязательства по договору купли-продажи товаров с его предварительной оплатой покупатель может предложить продавцу включить в договор условие о начислении процентов на сумму предварительной оплаты со дня получения этой суммы от покупателя до фактической передачи товаров (п. 4 ст. 487). Такое условие, конечно же, будет стимулировать продавца к своевременному исполнению обязанности по передаче товаров покупателю.

В реальной банковской практике нередко встречаются случаи обеспечения заемных обязательств предварительным договором купли-продажи определенного имущества. При этом срок заключения основного договора купли-продажи устанавливается за пределами срока возврата кредита, а сумма невозвращенного займа с процентами рассматривается в качестве предварительной оплаты за имущество, подлежащее передаче покупателю по договору купли-продажи.

' См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., 1995. С. 343.

В договоре могут предусматриваться и иные способы обеспечения исполнения вытекающих из него обязательств. Главное, чтобы соответствующие условия договора не противоречили императивным нормам гражданского законодательства.

Наше же внимание будет привлечено к способам обеспечения исполнения договорных обязательств, предусмотренных ГК: неустойке, залогу, удержанию имущества должника, поручительству, банковской гарантии, задатку.

2. НЕУСТОЙКА

Неустойка (штраф, пени) – определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков (п. 1 ст. 330).

Привлекательность неустойки, ее широкое применение в целях обеспечения договорных обязательств объясняются прежде всего тем, что она представляет собой удобное средство упрощенной компенсации потерь кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств. В этом смысле неустойке присущи следующие черты; предопределенность размера ответственности за нарушение обязательства, о котором стороны знают уже на момент заключения договора;

возможность взыскания неустойки за сам факт нарушения обязательства, когда отсутствует

необходимость представления доказательств, подтверждающих причинение убытков и их размер; возможность для сторон по своему усмотрению формулировать условие договора о неустойке (за исключением законной неустойки), в том числе в части ее размера, соотношения с убытками, порядка исчисления, тем самым приспосабливая ее к конкретным взаимоотношениям сторон и усиливая ее целенаправленное воздействие.

Порядок исчисления денежной суммы, составляющей неустойку, может быть различным: в виде процентов от суммы договора или его неисполненной части; в кратном отношении к сумме неисполненного или ненадлежаще исполненного обязательства; в твердой сумме, выраженной в денежных единицах.

В законодательстве традиционно (и ГК не составляет исключения) в качестве разновидностей неустойки применяются штрафы и пени . Если в отношении штрафов трудно выделить какие-либо особенные черты, то специфические признаки неустойки в виде пени очевидны. Они заключаются в том, что пеня устанавливается на случай просрочки исполнения обязательства, т.е. она призвана обеспечить лишь своевременное представление исполнения обязательства; пеня, как правило, определяется в процен-

тах по отношению к сумме обязательства, не исполненного в установленный срок; пеня представляет собой длящуюся неустойку, которая взыскивается за каждый последующий период (например, за каждый день) просрочки неисполненного в срок обязательства.

В законодательстве и судебной практике обычно различают т.н. договорную и законную неустойку. Договорная неустойка устанавливается по соглашению сторон, и, естественно, ее размер, порядок исчисления, условия применения и т.п. определяются исключительно по их усмотрению. ГК лишь устанавливает требования к форме такого соглашения сторон о неустойке (ст. 331 ГК), Кстати сказать, требования эти более жесткие по сравнению с обычно предъявляемыми требованиями к форме сделок: соглашение о неустойке должно быть совершено в письменной форме независимо от формы основного обязательства, которое может возникнуть и из устной сделки. В противном случае несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке.

Что касается законной неустойки, то она подлежит применению независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон (ст. 332 ГК). Правда, судьба и сфера применения законной неустойки во многом зависят от того, в какой правовой норме она содержится. Если неустойка предусмотрена императивной нормой, она подлежит безусловному применению. В случаях, когда положение о неустойке содержится в диапозитивной норме, она применяется лишь постольку, поскольку стороны своим соглашением не предусмотрели иной размер неустойки.

Примером законной неустойки, содержащейся в диспозитивной норме, может служить активно применявшаяся до введения в действие второй части ГК (до 1 марта 1996 г.) неустойка, предусмотренная абзацем первым пункта 8 постановления Президиума Верховного Совета Российской Федерации и Правительства Российской Федерации от 25 мая 1992 г. № 2837-1 «О неотложных мерах по улучшению расчетов в народном хозяйстве и повышению ответственности предприятий за их финансовое состояние»'. Указанная неустойка в виде пени в размере 0,5 процента в день от просроченного платежа за поставленные товары применялась в тех случаях, когда в заключенном сторонами договоре поставки или купли-продажи продукции (товаров) для предпринимательской деятельности не содержался иной конкретный размер ответственности за такое нарушение.

Правила поставки газа потребителям Российской Федерации, утвержденные постановлением Правительства РФ от 30 декабря 1994 г.2, предусматривают, что за недопоставку газа виновная сторона уплачивает штраф

* См.: Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР.

1992. № 23. Ст. 1252.

2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации, 1995. № 1. Ст. 152.

в размере 10% стоимости подачи газа, который не был поставлен в течение месяца, а за необоснованное безакцептное списание средств со счета виновная сторона, кроме возврата списанной суммы, уплачивает штраф в размере двойной учетной ставки Центрального банка РФ за каждый день использования денежных средств. При нарушении обусловленных договором параметров качества либо давления газа со стороны, поставляющей газ, взыскивается в пользу стороны, которая его принимает, штраф в размере 10% стоимости подачи газа за каждые сутки, в течение которых было допущено нарушение (кроме случаев принудительного понижения давления при ограничении газопотребления). Потребитель, просрочивший оплату за поставленный газ, уплачивает пени в размере двойной учетной ставки Центрального банка РФ за каждый день просрочки. И наконец, при неполном использовании потребителем договорного объема газа за месяц без предварительного взаимного согласования с поставщиком потребитель возмещает поставщику до 10% стоимости недопоставленного газа.

В случае нарушения сроков оказания услуг телеграфной связи по выбору потребителя уплачивается штраф в размере 3% стоимости услуги, по телеграммам – за каждый час просрочки, а по другим услугам – за каждый день просрочки с тем, однако, что сумма взысканной неустойки не должна превышать стоимости услуги. Неустойка в размере 3% за каждые сутки задержки взимается и за нарушение хозяйствующим субъектом сроков исполнения услуг местной телефонной сети.

Основные положения порядка заключения и исполнения государственных контрактов (договоров подряда) на строительство объектов для федеральных государственных нужд в Российской Федерации' предусмотрели, что заказчикам предоставляется право при необеспечении установленных контрактом сроков ввода в действие предприятий, зданий, сооружений, пусковых комплексов и очередей, а также отдельных объектов по вине подрядчика взыскивать штраф в размере одной тысячной части договорной стоимости за каждый день просрочки до фактического завершения строительства.

В Законе «О Государственном материальном резерве»2 предусмотрено 12 видов неустойки, взыскиваемой за нарушения обязательств поставщиками, ответственными хранителями, получателями и подрядчиками.

Законная неустойка в необходимых случаях, по мере инфляции, увеличивается в размере. Так, постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1994 г.3 были повышены различные виды штрафов, предусмотренные

См.: Утверждены постановлением Совета Министров Российской Федерации от 14 августа 1993 г. (см.: САПП РФ. 1993. № 34. Ст. 3189).

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1995, Ns 3. 3 САПП РФ. 1994. № 8. Ст. 597.

транспортными уставами (в зависимости от вида нарушений и для разных видов транспорта – соответственно в 9,7; 41,1 и 13,8 раза по сравнению с ранее установленными). В Законе «О Государственном материальном резерве» предусмотрено, что размер неустойки определяется по ценам на материальные ресурсы на момент оплаты.

Одновременно вносятся и некоторые другие изменения в ранее принятые, но сохраняющие свою силу акты в случаях, когда предусмотренная в них законная неустойка связана с нарушением обязательств, не имеющих отношения к коммерческим интересам сторон. Так, в транспортное законодательство была внесена в свое время норма о неустойке на случай «нерационального использования перевозочных средств». Имеется в виду штраф, взимаемый с отправителя «за недогруз вагонов и контейнеров до технической нормы или полной грузоподъемности». Соответствующее положение Устава железных дорог теперь признано недействующим'.

В отношении законной неустойки в ГК предусмотрено правило, согласно которому ее размер может быть изменен соглашением сторон лишь в сторону увеличения, если это не запрещено законом (п. 2 ст. 332). Примером такого запрета могут служить нормы, содержащиеся в транспортных уставах и кодексах, не допускающих изменения установленных мер ответственности (см., например, ст. 143 УЖД, ст. 126 УАТ и др.).

Правом уменьшения размера неустойки наделен только суд, который может воспользоваться этим правом в тех случаях, когда подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства (ст. 333 ГК). Данное положение корреспондирует нормам, имеющимся в процессуальном законодательстве. Например, при принятии решения по спору арбитражный суд вправе уменьшить в исключительных случаях размер неустойки (штрафа, пени), подлежащей взысканию по иску организации или гражданина-предпринимателя со стороны, нарушившей обязательство.

Несмотря на кажущуюся простоту, применение неустойки за нарушение договорных обязательств сопряжено с немалыми трудностями. Это в полной мере относится и к законной, и к договорной неустойке. Иллюстрацией к сказанному могут служить многочисленные разъяснения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, основанные на обобщении и анализе материалов дел, рассмотренных арбитражными судами, по вопросам применения неустоек за наиболее типичные нарушения в сфере предпринимательства2.

' См. постановление Правительства Российской Федерации от 20 февраля 1995 г. (Собрание законодательства. 1995. № 9. Ст. 754).

См., например: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1994. №6. С. 85-86 и др.

Наряду с тем что в современном правовом регулировании такого способа обеспечения исполнения обязательств, как неустойка, сохранилось много традиционного и общего, в том числе и с дореволюционным российским законодательством, нельзя не заметить и некоторые отличия, которые являются результатом эволюции данной правовой категории.

Начнем с одной технической подробности, касающейся определения понятия неустойки. По свидетельству Анненкова, в юридической литературе дореволюционного периода велись дискуссии по поводу понятия неустойки. Ряд цивилистов (Пестржецкий, Буцковский, Мандро, Кавелин, Гольмстен, Боровиковский) определяли неустойку как штраф или пеню в размере известной

денежной суммы, которую одна сторона обязана уплатить другой в случае ее неисправности в исполнении обязательства'. Аналогичный вывод, относящийся к понятию «неустойка», мы находим и у Шершеневича: «Под неустойкой, как средством обеспечения, понимается присоединенное к главному обязательству дополнительное условие о платеже должником известной суммы на случай неисправности в исполнении»2,

В то же время другие правоведы, и в частности Мейер. хотя также определяли неустойку как пеню, налагаемую на контрагента в случае неисправности его в исполнении обязательства, которая состоит обыкновенно в платеже известной суммы денег, но считали, что неустойка может заключаться также в передаче должником кредитору определенного имущества либо в совершении для последнего какого-либо действия3. Любопытно, что' близким к подобному определению был и подход российских правоприме-нительных органов, в том числе Сената, который понимал неустойку в качестве условия об ответственности, заключающегося в доставлении одной стороной другой имущественного удовлетворения, т.е. не одной только денежной суммы, но и другого имущества или действия, имеющих известную ценность4.

В проекте Гражданского Уложения Российской Империи, внесенного в 1913 г. на рассмотрение Государственной Думы, неустойка определялась как «денежная сумма, которую одна из договаривающихся сторон обязывается уплатить другой в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения принятого на себя обязательства» (ст. 1601). Однако здесь же мы находим другую статью (ст. 1608), согласно которой правила соответствующих статей (включая ст. 1601) имеют применение и в том случае, когда задаток,

См.: Анненков К. Указ. соч. С. 241.

Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского Права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 293. Анненков К. Указ. соч. С. 241. Там же.

отступное или неустойка условлены по договору не в денежной сумме'. В материалах Редакционной комиссии, подготовившей проект Гражданского Уложения, по этому поводу сказано, что хотя в основных нормах (ст. 1601-1607) о предмете задатка, отступного и неустойки говорится только о деньгах в целях удобства изложения, а также потому, что в большинстве случаев они действительно состоят в деньгах; но так как задаток, отступное и неустойка могут заключаться во всякого рода вещах и действиях, причем отношения, возникающие из соглашений этого рода, ничем, по существу, не отличаются от отношений денежного характера, то и признается необходимость распространить на них соответствующие правила2. Таким образом, в тот период и законодательством и доктриной неустойкой, наряду с подлежащей уплате должником, нарушившим обязательство, кредитору определенной денежной суммы, признавалась также обязанность передать определенное имущество или совершить определенное действие.

Другое обстоятельство, заслуживающее нашего внимания, заключается в отношении дореволюционного законодательства к законной неустойке. По свидетельству Анненкова, неустойка определялась законом (за исключением отдельных специальных правил) лишь в двух случаях: во-первых, за неисправность в платеже по заемным обязательствам между частными лицами: не заплативший по заемному обязательству в срок подвергался взысканию неустойки по 3 процента с незаплаченного капитала; во-вторых, за неисправность в исполнении по обязательствам с казной: с неисправного казенного поставщика или подрядчика взыскивалась неустойка в размере полпроцента в месяц с суммы стоимости просроченных поставкой товаров, припасов или работ3.

Развитие института гражданско-правовой ответственности в советский период шло по пути наращивания количества законных неустоек за различные нарушения договорных обязательств. Кульминационной точкой этой тенденции, по видимому, явились 70-80-е гг., когда исследователи насчитывали в законодательстве свыше трех тысяч санкций за нарушения обязательств в сфере хозяйственной деятельности4. Число законных неустоек превысило все мыслимые разумные пределы.

См.: Герценберг В.Э., Перетерский И.С. Обязательственное право. Книга V Гражданского Уложения. СПб., 1914. С. Ю-11. .„.

2 Гражданское Уложение. Проект Высочайше Учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Том второй / Под ред. И.М. Тютрю-мова. СПб., 1910. С, 207.

3 Анненков К. Указ. соч. С. 241.

4 См., например: Литицкий Л.Х. Предотвращение хозяйственных правонарушений и эффективность производства // Хозяйственное право и эффективность производства. Донецк, 1979. С. 96.

Необходимо отметить, что тенденция наращивания числа законных неустоек в тот период имела место на фоне крайне слабого применения другой традиционной формы имущественной ответственности – возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением договорных обязательств: споры об убытках, как отмечал, к примеру, Б.И. Пугинский, в тот период составляли всего 1,7 процента от общего числа дел, разрешаемых органами арбитража'.

В целях исправления указанной тенденции, которая привела к известной деформации практики применения мер имущественной ответственности, действующий Гражданский кодекс определил, что законные неустойки могут устанавливаться лишь федеральными законами (ст. 332). Однако принятые до введения в действие части первой ГК указы Президента Российской Федерации и постановления Правительства, установившие неустойку за различные нарушения договорных обязательств, в силу ст. 4 Федерального закона «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» сохраняют силу до принятия соответствующих федеральных законов. Да и законодатель, как было показано на примере Закона «О государственном материальном резерве», нередко «грешит» использованием законных неустоек, видя в них панацею от всех бед и средство для упорядочения экономических отношений. Видимо, эта иллюзия будет преобладать в отечественном законодательстве еще некоторое время.

Как уже отмечалось, неустойка одновременно признается и способом обеспечения обязательств и одной из форм гражданско-правовой ответственности. Исходя из этого, некоторые дореволюционные российские цивилисты выводили и определенные практические последствия, связанные с применением неустойки. Так, Шершеневич утверждал: «...неустойка имеет двоякое значение, являясь не только средством обеспечения обязательства, но и способом определить размер вознаграждения за отступление от обязательства. Неустойка имеет в виду или 1) побудить должника к исполнению под страхом невыгодных последствий (штраф за неисправность), или 2) установить заранее размер причиненного неисполнением ущерба, особенно когда доказывание величины его представляется затруднительным (возмещение ущерба).,. Согласно двойственному своему назначению, неустойка имеет двоякого рода последствия: 1) или усложняется обязательственное отношение в том смысле, что, не освобождая должника от главной обязанности, налагает на него еще новую тягость; 2) или же изменяет прежнее обязательственное отношение, превращая его в новое, альтерна"

См.: Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 141.

тивное, в силу которого должник может или исполнить условное действие, или заплатить известную сумму денег»'.

С мнением Шершеневича не соглашался Анненков, который писал:

«Найти, однако же, в нашем законе какие-либо указания на то, чтобы наш закон присваивал неустойке это последнее значение, в нем нельзя, вследствие чего и указание Шершеневича на двоякое значение неустойки у нас представляется совершенно не соответствующим определению ее значения нашим законом, почему также указание и на двоякие последствия ее уплаты представляется также не имеющим никакой опоры в нашем законе, и вследствие чего должно быть оставлено в стороне»2.

Действующий сегодня Гражданский кодекс, определяя последствия применения неустойки (ст. 396), также не оставляет места для квалификации неустойки в качестве альтернативного обязательства. Кроме того, на наш взгляд, неустойка в интерпретации Шершеневича выглядит своеобразным предварительным соглашением об отступном, служащим основанием прекращения обязательства.

Вопросы, связанные с применением неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства и последствиями такого применения, для самого обязательства будут нами рассмотрены более подробно при анализе неустойки в качестве одной из форм гражданско-правовой ответст-венности.

Скажем только, что точка зрения Шершеневича, пожалуй, находит подтверждение во французском гражданском законодательстве. Согласно ст. 1229 Французского гражданского кодекса (ФГК), неустойка «является возмещением за убытки, которые кредитор терпит вследствие неисполнения главного обязательства», а ст. 1152 ФГК говорит, что «если соглашение устанавливает, что не выполнившее его лицо уплачивает определенную сумму в качестве убытков, то другой стороне не может быть присуждено ни большей, ни меньшей суммы». Следовательно, даже в том случае, если реальные убытки, причиненные нарушением обязательств, превышают сумму неустойки, кредитор тем не менее лишен возможности требовать уплаты большей суммы. Правда, французский судья, рассматривающий спор о взыскании неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, вправе изменить сумму неустойки, если, по его мнению, она слишком высока или слишком мала.

Законодательству большинства стран континентальной Европы свойственен подход к неустойке как способу компенсации убытков, причиненных нарушением обязательств, как бы заменяющим взыскание самих убытков, поэтому кредитор, взыскивающий неустойку, сохраняет за собой право

' Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 293. 2 Анненков К. Указ. соч. С. 249-250.

требования исполнения обязательства в натуре в том случае, если неустойка была установлена сторонами на случай просрочки исполнения обязательства (например, ч. 2 ст. 1229 ФГК, параграф 341 ГГУ и др.).

Значительным своеобразием отличаются положения о неустойке, существующие в англо-американском праве. Там выделяются два понятия:

заранее исчисленные убытки (liquidated damages) и штраф (penalty). Как известно, англо-американское право исходит из того, что средства гражданско-правовой защиты носят

компенсационный характер и не могут служить наказанию нарушителя. Поэтому нарушение договора влечет за собой лишь взыскание заранее исчисленных убытков (liquidated damages). Более того, предусмотренные соглашением сторон условия о неустойках, имеющих характер штрафа, признаются ничтожными. К примеру, в соответствии со ст. 2-718 ВТК США убытки, подлежащие возмещению в случае нарушения договора любой из сторон, могут быть определены в соглашении, однако лишь в размере, который можно считать разумным в связи с предполагаемым или действительным ущербом, причиненным нарушением договора, трудностями доказывания ущерба и неудобствами или невозможностью получения адекватной защиты прав иным способом. Условие, определяющее неразумно высокий размер заранее исчисленных убытков, признается юридически ничтожным как штрафное условие.

В связи с этим нельзя не согласиться с мнением Р.Л. Нарышкиной, которая утверждает, что неустойка в англо-американском праве не выполняет тех обеспечительных функций, которые ей присущи в континентальном праве, поскольку во всех случаях на истце остается бремя доказывания обоснованности суммы, определенной в договоре*.

В современном российском гражданском праве отсутствуют какие-либо законодательные ограничения размера договорной неустойки. Практика же свидетельствует, что «фантазия» сторон при формулировании условий договоров о неустойке не знает границ. Нередко в текстах договоров можно встретить условия о неустойке в размере 5-10 процентов от суммы договора либо от стоимости товаров (работ, услуг), в отношении которых просрочено исполнение. Конечно же, суды, рассматривая споры о взыскании подобных неустоек, не могут удовлетворять исковые требования в заявленных размерах, превышающих любые максимально возможные убытки в связи с соответствующим нарушением договорных обязательств.

Этим объясняется чрезвычайно широкое применение в судебной практике положений ст. 333 ГК, предоставляющих право суду уменьшить размер взыскиваемой неустойки с учетом ее соразмерности последствиям допущенного нарушения обязательства. Более того, анализ материалов дел,

См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М„ 1992, С. 306.

разрешенных в порядке надзора Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, свидетельствует, что установленное ст. 333 ГК право суда трактуется ныне как обязанность судов, рассматривающих споры о взыскании неустоек, размер которых превышает некие средние величины. Такую позицию можно объяснить стремлением обеспечить принятие арбитражными судами не только законных, но и справедливых решений. Однако нельзя не заметить, что подобная практика не отвечает требованиям диспозитивности (с точки зрения материального права) и противоречит принципам состязательности сторон (с точки зрения процессуального законодательства).

Более предпочтительным и, добавим, полностью соответствующим законодательству было бы оценивать требования кредитора о взыскании неустойки в части, превышающей возможные убытки в связи с допущенным должником нарушением договорного обязательства, как злоупотребление правом, что и служило бы законным основанием к отклонению исковых требований в соответствующей части.

3. ЗАЛОГ

Понятие и правовая природа

Совершенно особое место среди всех способов обеспечения исполнения обязательств занимает залог имущества. Это один из классических гражданско-правовых институтов, имеющих многовековую историю, которые берут свое начало в римском праве.

В первый период развития залога в римском праве преобладали интересы кредитора. Имущество должника (например, закладываемое имение) передавалось по манципации в собственность залоговому кредитору. Одновременно между сторонами заключалось соглашение, по которому залоговый кредитор принимал на себя обязанность в случае своевременной уплаты долга возвратить предмет залога должнику. При этом должник в большей степени, чем это было необходимо, обеспечивал долговое обязательство, передавая в собственность кредитору свое имущество. Такие отношения могли строиться только на доверии (fides). Поэтому этот вид залога получил наименование фидуции. Фидуциарные договоры залога сохранили свое значение и в настоящее время, например в англо-американском праве.

Залог в форме фидуции продолжал существовать и в классическую эпоху римского права, но преобладающее развитие получили иные формы залога; пигнус (pignus) и ипотека (hypotheca)'. При залоге в форме пигнуса

' См.: Римское частное право: Учебник. С, 340.

должник, так же как и при фидуции, передавал в целях обеспечения обязательства свое имущество кредитору, но не в собственность, а во владение последнего. Сам же должник с согласия залогового кредитора мог сохранить право пользования вещью, например, в качестве арендатора.

Дальнейший шаг в развитии поземельного залогового кредита составил институт, сложившийся в Риме, видимо, под влиянием восточного права (Греция и Египет) и носивший греческое наименование ипотеки'. В отличие от пигнуса при ипотеке к залоговому кредитору не переходило право владения заложенным имуществом, которое сохранялось за должником. Римское ипотечное право не устанавливало регистрации ипотеки в государственных органах, вопросы, связанные с перезалогом одного и того же имущества, старшинством залогодержателей, обычно решались в соглашении об ипотеке.

Основным правом залогового кредитора в случае неисполнения должником обязательства в установленный срок являлась продажа заложенного имущества (ius distrahendi). Даже если соглашение о залоге содержало запрет продажи заложенного имущества, залоговый кредитор все же мог его реализовать после трехкратного предупреждения должника. В некоторых случаях, если это было предусмотрено соглашением сторон, залоговый кредитор получал право оставить заложенную вещь за собой. Однако должнику предоставлялась возможность в течение двухгодичного срока выкупить свое имение, перешедшее таким образом в собственность кредитора (например, при Юстиниане). Римскому праву были известны и залог права требования, и перезалог, и залог складов и магазинов с товарами (аналог современного залога товаров в обороте).

Вместе с тем необходимо отметить, что российские цивилисты – исследователи римского права делали различные выводы относительно природы залоговых отношений в римском праве и как следствие предлагали различные подходы к оценке правовой природы залоговых прав по

российскому гражданскому праву. Дискуссии по этому поводу в юридической литературе продолжаются уже свыше ста последних лет, однако до настоящего времени в доктрине этот вопрос не получил своего разрешения.

Отсутствие единого взгляда на природу права залога среди дореволюционных цивилистов во многом предопределялось несовершенством действовавшего тогда законодательства. Анализируя правила о залоге, содержавшиеся в законодательстве, Анненков делает вывод: «Очевидно, что отсутствие в нашем законе общих постановлений о залоге, как общем способе обеспечения всех обязательств, представляется крупным недостатком его, значение которого усугубляется еще тем обстоятельством, что в нем

См.: Римское частное право; Учебник. С. 341.

имеются еще особые частные правила об обеспечении им займа, делаемого в кредитных установлениях, изложенные как в общем Уставе Кредитном, так и частных уставах различных кредитных установлений, определяющие притом иначе права залогопринимателя – кредитного установления, чем определяются права залогопринимателя лица частного общими законами, чем вносится двойственность в существо залога, представляющегося на самом деле единым институтом права. Как это последнее обстоятельство, так равно и то, что закон общий определяет неодинаково права залогопринимателя при залоге имущества недвижимого и при закладке имущества движимого, а также права залогопринимателя лица частного и казны, делают довольно затруднительным установление прежде всего самого определения залога». При таком положении, отмечает Анненков, «нет ничего удивительного в том, что цивилистами нашими даются и различные ему определения»'.

Так, по мнению Мейера, залог как один из способов обеспечения обязательств состоит в том, что лицо, имеющее право залога, при неисправности должника по договору вправе получить удовлетворение от выручки от продажи той вещи, которая служила предметом залога, почему залог и представляется уже как бы правом на чужую вещь2. Кавелин определял залог и заклад как способы обеспечения обязательств, суть которых заключается в том, что в случае неисполнения обязательства взыскание обращается на имущество, составляющее предмет залога и служившее обеспечением его исполнения,

Гантовер полагал, что залог по российскому гражданскому законодательству представляется средством обеспечения известным имуществом должника будущего удовлетворения верителя по обязательству и в таком качестве залог может быть разумеем как право скорее по преимуществу с личным характером, потому что ему законом не придается значения права, непосредственно тяготеющего на имущество, без отношения к тому, кто в каждый данный момент его существования является как его обладателем, так и обладателем заложенного имущества, что явствует из того, что в соответствии с законом залог представляется таким правом, при котором не допускается перемена лиц как на стороне должника, так и кредитора, за исключением только случая наследственного преемства. Как на другое отличие залога от вещных прав, Гантовер указывал на то, что залог никогда не имеет самостоятельного значения, какое имеют другие вещные права, всегда существующие особо и самостоятельно, сами по себе, между тем как залог, служа только средством обеспечения другого права, без существова-

' Анненков К. Указ. соч. С. 342.

2 Здесь и далее позиции российских цивилистов приводятся по кн.: Анненков К.

Указ. соч. С. 343-345.

ния которого он и немыслим сам по себе, напротив, всегда имеет значение -только акцессорное, дополнительное к первому.

Варадинов, напротив, называл залог правом обеспечения в чужом имуществе, которому присущи черты ипотеки, т.е. права вещного, подтверждение чему он усматривал: во-первых, в том, что закон допускает обеспечение залогом или закладом не только договора займа, но и других договоров, и, во-вторых, в том, что закон в некоторых случаях допускает обеспечение одним залогом одновременно нескольких договоров.

Шершеневич также относил право залога к вещным правам. Он писал:

«Залоговым правом признается право на чужую вещь, принадлежащее верителю в обеспечение его прав требования по обязательству и состоящее в возможности исключительного удовлетворения из ценности вещи»'. Шершеневич выделял три характерных признака залогового права. Во-первых, залоговое право является вещным правом, относящимся к группе прав на чужую вещь. Вещный характер его обнаруживается из того, что, имея своим объектом вещь, оно всюду следует за нею, независимо от права собственности на нее, которое может переходить от одного лица к другому. Во-вторых, залоговое право представляет собой право на чужую вещь, так как только ценность чужого имущества может служить обеспечением права требования. Поэтому предметом залога не может быть собственная вещь. и приобретение права собственности на вещь, состоящую в залоге того же лица, прекращает залоговое право. Хотя Шершеневич отмечает при этом, что при германской ипотечной системе может быть установлено залоговое право на недвижимость а пользу самого собственника. Впрочем, и в этом случае собственник лишен возможности осуществить свое право обращением взыскания на залог. В-третьих, так как цель залога состоит в обеспечении права требования, то залоговое право представляет собой дополнительное отношение, предполагающее наличность другого, обязательственного отношения. Законодательство смотрит на залог как на средство обеспечения договоров. А следовательно, признает его акцессорность. Как дополнительное, вещное право залога не может возникнуть ранее обязательственного права и не может продолжаться, когда прекратилось обязательственное отношение. Поэтому в тех случаях, когда между двумя лицами состоялось соглашение о предоставлении известной вещи в залог по обязательству, еще не возникшему, вещное право приобретается только с установлением обязательственного отношения2.

Вместе с тем Шершеневич, являясь последовательным сторонником определения залогового права как вещного права, все же обращал внимание на некоторые особенности залогового права, отличающие его от других

Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 240. См. там же. С. 240-241.

вещных прав, и прежде всего на то, что в противоположность иным вещным правам залоговое право не имеет самостоятельного значения, а стоит в зависимости от права по обязательству. Залоговое право не дает залогодержателю ни владения, ни пользования заложенной вещью, тогда как содержание других вещных прав заключается именно в пользовании вещью. Зато залоговое право дает субъекту его несравненно большее правомочие, чем другие вещные права, – оно может повлечь за собой лишение собственника принадлежащего ему права собственности'.

Добавим к этому, что и действовавшее тогда законодательство оставляло место для оценки залогового права в качестве вещного права, поскольку включало в себя норму, согласно которой

«залог есть не что иное» как отчуждение права распоряжения, составляющего нераздельную принадлежность права собственности» (Устав судов торговых, ст, 476). В такой интерпретации залоговое право представлялось в виде передачи залогодержателю права собственности на закладываемое имущество или, по крайней мере, одного из основных правомочий собственника по распоря^ жению этим имуществом. Однако российские цивилисты (Кассо, Анненков, Шершеневич и некоторые другие) считали данное определение случайно попавшим в законодательство и не придавали ему правового значения2.

Победоносцев также полагал, что залогом приобретается вещное право, им устанавливается исключительное право залогодержателя на заложенное имущество, несмотря на то, что это имущество не перестает быть чужим. Залог обыкновенно соединяется с обязательством личным таким образом, что при нем устанавливается двоякое отношение: одно по поводу обязательства, а другое по поводу вещи, служащей обеспечением права.

Подводя итоги имевшей место в юридической литературе конца прошлого века дискуссии по поводу природы залогового права, Анненков замечает, что различия между взглядами российских цивилистов проявляются главным образом в том, что, по мнению некоторых из них, залог представляет собой право, приближающееся к праву личному (т.е. обязательственному), между тем как, по мнению других, напротив, залоговое право должно быть почитаемо безусловно за право вещное, а по мнению третьих, оно хотя и должно быть характеризуемо как право вещное, но что такой его характер в законе представляется невыдержанным. Сам же Анненков полагал, что следует склониться к признанию за правом залога «скорее характера права личного, чем вещного с некоторыми разве немногими чертами последнего, заключающимися... в том, что при обращении взыскания на заложенное имущество оно имеет силу против третьих лиц, а также в том,

' См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 240. 2 См., например: Анненков К. Указ. соч. С. 342; Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 242-

243.

что им ограничивается право собственника заложенного имущества на распоряжение им»'.

Говоря о дискуссии дореволюционных российских цивилистов, целью которой было выяснение правовой природы залогового права, нельзя обойти вниманием позицию Хвостова, и в особенности ее аргументацию, которая нам представляется наиболее полной, позволяющей выявить сущность залогового права. Отвечая на поставленные им же вопросы (какова же правильная конструкция залогового права? что представляет из себя залог в тесном смысле слова, залог, имеющий своим предметом телесную вещь?2), Хвостов отмечал, что главной опорой воззрения, согласно которому залоговое право есть право вещное, является то обстоятельство, что залоговое право, подобно другим вещным правам, пользуется абсолютной защитой. Залоговый кредитор имеет иск против всякого держателя заложенной вещи о выдаче ему этой вещи для продажи в целях погашения долга, обеспеченного залогом. Этот иск сходен с другими вещными исками, а потому и залоговое право представляется правом вещным. Однако вещные права имеют еще и другие, общие им всем свойства, которых мы не находим в залоге. Собственность, сервитута и все иные вещные права предоставляют своему субъекту возможность длительного господства над вещью, которое с начала до конца имеет один и тот же характер (отличается равномерностью). Вещные права предоставляют своему субъекту возможность продолжительного непосредственного воздействия на вещь. Между тем при залоге нет именно этого длительного, равномерного и непосредственного воздействия субъекта права на вещь.

Право кредитора-залогодержателя сводится к тому, что он может воспользоваться вещью только при неуплате долга. Во время существования долга залоговое право приводит только к известной связанности вещи; уплатой долга связанность эта уничтожается. Ничего подобного нельзя наблюдать в отношении вещных прав.

В случае неуплаты долга залоговое право кредитора реализуется в известном распоряжении имуществом, которое продается для покрытия долга, Однако в этом смысле положение залогового кредитора весьма сходно с положением обычного кредитора в необеспеченном обязательстве, который также вправе обратить взыскание на имущество должника в целях удовлетворения своих требований3.

Хвостов понимал, что одних этих соображений недостаточно для того, чтобы обосновать обязательственный характер залогового права. В этих целях необходимо ответить еще на один вопрос: кто является должником по обязательству, которое содержится в залоге? Необходимо объяснить

Анненков К. Указ. соч. С. 345,

2 Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. М., 1996. С. 329.

3 Там же. С. 329-330.

также, почему залог, если он право обязательственное, приводит к возникновению такого тесного отношения между кредитором и заложенной вещью, что оно оказывается более сильным, нежели установленные позже вещные права на предмет залога. Требовалось также дать ответ на вопрос, почему при залоге коллизия кредиторов разрешается по принципу старшинства, чего не бывает при коллизии обязательств1.

Особое затруднение для сторонников вещного характера залога, отмечал Хвостов, представляют те случаи римского и современного права, когда залог продолжает оставаться в силе после погашения существовавшего рядом с ним личного обязательства или когда залоговое право даже с самого начала возникает, не опираясь на личное обязательство (например, Grundschuld по германскому праву). Ведь и в этих случаях залог сводится к связанности вещи, которая прекращается через уплату, сделанную кредитору, или через продажу вещи для удовлетворения его требований. «Если при залоге, обеспечивающем какое-либо личное обязательство, мы можем отнести эту уплату именно за счет обязательства, обеспеченного залогом, то, спрашивается, как объяснить возможность уплаты по залогу, рядом с которым не существует обязательства? Что погашается здесь уплатой? Для удовлетворения какого юридического притязания продается здесь залог? Очевидно, пишет Хвостов, в самом залоге скрывается какое-то обязательственное право, во исполнение которого делается уплата, производится продажа залога. Это обязательственное требование и служит юридическим титулом, causa для уплаты2.

Вопрос, кто может быть должником при залоге (если признать залог правом обязательственным), рассматривается Хвостовым с позиции конструкции прав и обязанностей, непрямым образом связанных со своим субъектом, предложенной Беккером. Речь идет о непрямой связи субъективного права и обязанности с лицом, когда субъектом права или обязанности становится то лицо, которое вступает в известное юридическое или фактическое отношение, например, делается владельцем или собственником какой-либо вещи, с которой уже связано известное право или обязанность. В этом случае вещь является посредствующим звеном, при помощи которого право или обязанность

связываются с субъектом (предиальный сервитут, предъявительская ценная бумага и т.п.). С этой точки зрения можно сказать, что при залоговом праве должником признается всякий держатель заложенной вещи. «Вещь является тем медиумом, через посредство которого обязательство связывается со своим должником»3.

' См.: Хвостов В.М. Система римского права. С. 331. 2 См. там же. С. 331-332. ? Там же. С. 61-62, 332.

В связи с этим неизбежен вывод о том, что держатель вещи, служащей предметом залога, и является должником по залоговому обязательству. Что же касается того обстоятельства, что залоговое право перевешивает позже установленные вещные права на ту же вещь, а коллизия кредиторов разрешается по принципу старшинства, то оно объясняется следующим. «Если, таким образом, при долге определенная вещь отвечает за исполнение долга, заключающегося в залоге, то это делает понятным, почему при стечении нескольких залоговых кредиторов отдается предпочтение старшему из них, а также почему залоговое право оказывается сильнее установленных вещных прав на ту же вещь: без этого специальная ответственность именно данной заложенной вещи за долг стала бы иллюзорной. Таким образом, эти черты залога, помимо абсолютной защиты, наиболее сближающие залог с вещными правами, оказываются совместимыми с обязательственным характером долга»'.

Итогом же рассуждений Хвостова о правовой природе залога явилось данное им определение понятия залогового права, которое, на наш взгляд, не утратило своего значения и в настоящее время: «Залог есть обязательственное право требования, при котором личность должника, обязанного уплатить заключающийся в залоге долг, определяется держанием заложенной вещи, а заложенная вещь является тем объектом, который в той или иной форме отвечает за неуплату этого долга»2.

Если говорить об истории развития залогового права в России, то можно обратиться к исследованию этого вопроса, проведенному Шершене-вичем, который, как уже отмечалось, являлся последовательным сторонником вещно-правовой концепции залога. Так вот, Шершеневич оспаривал мнение, высказанное Мейером, о том, что древнее русское залоговое право представляло собой, подобно римской fiducia, не что иное, как отчуждение права собственности в пользу кредитора с сохранением за должником права выкупа в случае своевременного погашения долга. Он отмечал, что при рассмотрении закладных грамот того периода обнаруживается, что приобретение права собственности кредитором отнесено к моменту просрочки, а не установления залога. Относительно движимых вещей в XVI столетии встречается попытка изменить взгляд, по которому право залога должно с просрочкой должника превратиться в право собственности верителя, и признать за залоговым правом характер лишь права на чужую вещь. Шершеневич подчеркивает, что по закону 1557 г. кредитор, имеющий в залоге движимую вещь, обязан был в случае просрочки предупредить должника о возможности лишиться вещи. Если же и после этого долг не будет уплачен, кредитор должен был при свидетелях продать (!) залог для удовлетворения

' Хвостов В.М. Система римского права. С. 333. 2 Там же. С. 334.

своих прав и возвратить излишек суммы собственнику вещи, При недостаточности вырученной от продажи суммы для покрытия долга и процентов должник продолжал ответствовать перед кредитором в недостающей сумме.

Затем в истории российского залогового права был период, когда в случае неплатежа должником в срок своего долга заложенные вещи, как движимые, так и недвижимые, обращались в собственность кредитора. По закону 1635 г. при просрочке должника просроченная закладная обращалась в купчую

крепость и по просьбе кредитора недвижимое имение справлялось за ним в поместном приказе. Однако уже в XVII в. залог в России приобрел черты обязательственного. По закону 1737 г. был изменен и порядок взыскания по закладным: залоговое право уже не превращается в право собственности, а заложенная вещь подлежит продаже с публичного торга. Если вырученная от продажи сумма превысит размер долга, то остаток возвращается собственнику заложенной вещи. Только с изданием в 1800 г. Банкротского устава для недвижимости утвердилась окончательно обязательная продажа с публичных торгов. Относительно движимости законодатель сохранил, как остаток прежнего порядка, правило, по которому заложенная вещь может остаться за кредитором, если только должник не потребует продажи. В последнем случае продажа заложенной вещи за сумму ниже размера долга дает кредитору право требовать недостающей суммы с прочего имущества1.

Иначе развивалось залоговое право в зарубежном законодательстве. В большинстве правовых систем залог признается разновидностью вещных прав, что выражается, в частности, в том, что при несостоятельности (банкротстве) должника по обязательству, обеспеченному залогом, имущество, служащее предметом залога, не включается в конкурсную массу (видимо, как не принадлежащее должнику), а удовлетворение требований обеспеченного кредитора за счет заложенного имущества осуществляется в обычном порядке, а не в порядке конкурсного кредитора.

Залог движимого имущества по англо-американской правовой системе осуществляется в двух формах; pawn (plede) и mortgage. В первом случае залог сопровождается передачей имущества во владение залогодержателя. Вторая форма залога представляет собой фидуциарную сделку, по которой кредитор становится собственником закладываемой вещи. Однако при выполнении должником обеспеченного залогом обязательства он обязан вновь перенести право собственности на залогодателя. При неисполнении должником обязательства кредитор-залогодержатель вправе также потребовать передачи ему вещи во владение и продать ее с публичных торгов для удовлетворения своих требований.

' См.; Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 241-243.

Несмотря на то что основное право кредитора по обеспеченному залогом обязательству в странах континентальной Европы состоит в принудительной продаже заложенного имущества и в преимущественном удовлетворении своих требований за счет выручки от продажи предмета залога, например, по французскому праву кредитор может с разрешения суда и на основании экспертной оценки оставить вещь за собой для погашения долга. В Германии в рамках залоговых отношений практикуется т.н. обеспечительное присвоение (Sicherungsubereignung). При этом применяется конструкция фидуциарной сделки, в силу которой кредитор становится собственником предоставляемого ему в обеспечение предприятия, остающегося в эксплуатации должника, и обязан вновь перенести право собственности на должника-залогодателя в случае исполнения им обеспеченного залогом обязательства'.

По современному российскому гражданскому законодательству, залоговое право представляет собой обязательственное право. Об этом свидетельствует, в частности, и структурное расположение норм о залоге в Гражданском кодексе Российской Федерации: правила о залоге помещены в параграфе 3 «Залог» гл. 23 «Обеспечение исполнения обязательств» подраздела 1 «Общие положения об обязательствах» раздела III «Общая часть обязательственного права». В разделе же II ГК «Право собственности и другие вещные права» отсутствуют какие-либо нормы, регулирующие залоговые отношения.

Обязательственно-правовой характер залога подтверждается также включением в текст Кодекса некоторых особых правил, регламентирующих залоговые отношения.

Во-первых, в соответствии с п. 1 ст. 336 ГК предметом залога могут быть не только вещи но и имущественные права (требования). Как известно, имущественное право само по себе в качестве самостоятельного объекта ни при каких условиях не может служить предметом вещных прав.

Во-вторых, договором о залоге либо законом может быть предусмотрен залог вещей и имущественных прав, которые залогодатель приобретет в будущем (п. 6 ст. 340 ГК). Иными словами, залоговое право может быть установлено на будущую вещь, в отношении которой не может быть установлено ни право собственности, ни любое другое вещное право со стороны какого-нибудь субъекта. Ведь право собственности у приобретателя вещи возникает с момента ее передачи (п. 1 ст. 223 ГК), а если речь идет о вновь создаваемом недвижимом имуществе, которое нередко используется в качестве предмета залога, обеспечивающего инвестиции, право собствен-

См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.А. Васильева. М.,1992. С.233-234.

ности на него возникает с момента его государственной регистрации (СТ.219ГК).

В-третьих, только с позиции обязательственно-правового характера залога можно объяснить применительно к залоговым отношениям правило, содержащееся в п. 2 ст. 313 ГК, согласно которому третье лицо, подвергающееся опасности утратить свое право на имущество должника (право аренды, залога и др.) вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество, может за свой счет удовлетворить требование кредитора без

согласия должника.

В-четвертых, в случае гибели предмета залога залогодатель вправе заменить его другим, равноценным имуществом (п. 2 ст. 345 ГК). Аналогичное правило невозможно представить в отношении имущества, принадлежащего кому-либо на вещном праве.

В-пятых, залогодержатель вправе передать свои права по договору о залоге другому лицу с соблюдением правил о передаче прав кредитора путем уступки требования, предусмотренных ст. 382-390. Между тем уступка прав требования – чисто обязательственно-правовой институт. Вещные права не могут передаваться другому лицу в порядке цессии.

В-шестых, только обязательственно-правовой природой залоговых отношений можно объяснить то обстоятельство, что при ликвидации должника (юридического лица), в том числе в порядке банкротства, имущество, служившее в качестве предмета залога, не исключается из общей массы имущества должника (конкурсной массы), а требования кредитора-залогодержателя в обеспеченной части подлежат удовлетворению в привилегированную очередь за счет любого имущества должника, в том числе и не передававшегося в залог (ст. 64-65 ГК).

И наконец, в-седьмых, требования кредитора-залогодержателя могут быть удовлетворены лишь путем продажи заложенного имущества на открытых торгах (ст. 350 ГК). Кодекс исключает возможность приобретения залогодержателем права собственности на предмет залога.

Точка зрения на залог как на обязательственно-правовой институт нашла адекватное отражение и в судебной практике. В постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума

Высшего Арбитражного Суда российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» содержится разъяснение, в соответствии с которым при разрешении споров суды должны учитывать, что в случае неисполнения должником обязательства, обеспеченного залогом, залогодержатель имеет право преимущественно перед другими кредиторами получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества. Действующее законодательство не предусматривает возможности передачи имуще

ства, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя. Всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными, за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное или новация обеспеченного залогом обязательства (п. 46).

В некоторых государствах СНГ возобладали иная позиция, иной взгляд на природу залоговых правоотношений, что, безусловно, вызывает интерес, поскольку исходная нормативная база государств СНГ во многом аналогична, т.к. гражданские кодексы соответствующих государств разрабатывались на основе модельного рекомендательного акта, рекомендованного Межпарламентской Ассамблеей СНГ. Так, М.К. Сулейменов и Е.Б. Оси-пов на основе анализа Общей части Гражданского кодекса Республики Казахстан, принятой 27 декабря 1994г., делают вывод о том, что «спор о вещно-правовом или обязательственно-правовом характере залога должен быть решен в форме признания двойственной природы залога: залог порождает два вида отношений – между залогодателем и залогодержателем и между залогодержателем и вещью, то есть, с одной стороны, залог – способ обеспечения обязательства должника путем установления относительной правовой связи с кредитором, а с другой стороны – непосредственная правовая связь залогодержателя и вещи. Поэтому залог можно охарактеризовать как вещный способ обеспечения обязательства»'.

Характерно, что в дальнейшем, комментируя законоположения о залоге, авторы надолго «забывают» о вещно-правовой его сущности и вполне обходятся категориями обязательственного права и вновь возвращаются к вещному характеру залоговых отношений лишь при рассмотрении вопросов, связанных с защитой залогодержателем своих прав на предмет залога. При этом подчеркивается: «В праве залогодержателя «истребовать» предмет залога, выбывший из его владения или владения залогодателя (должника), наиболее отчетливо проявляется вещный характер права залога... являясь прежде всего правом залогодержателя по отношению к другой стороне залогового правоотношения – залогодателю, право залога в то же время защищается от нарушений со стороны третьих лиц и в этом отношении сходно с правом собственности»2. В своих рассуждениях авторы опираются на ст. 316 ГК Республики Казахстан (в российском ГК – ст. 347), наделяющую залогодержателя правом истребовать выбывший из владения его самого или залогодателя (должника) предмет залога у лица, владение которого этим предметом незаконно.

На наш же взгляд, включение в ГК норм о защите залогодержателем своих прав на предмет залога, наряду с нормами о защите права собственности и других вещных прав (в Российском ГК – гл. 20), как раз свидетель-

Сулеймеиов М.К., Осипов Е.Б. Залоговое право, Алматы: Эдилет Пресс, 1997, С. 5. Там же. С. 52-53.

ствует о том, что законодатель исходит из того, что залог не относится к категории вещных прав, иначе к залоговым правоотношениям применялись бы напрямую правила о защите права собственности и других вещных прав. Наделение же залогодержателя правом использовать такой способ защиты, как истребование предмета залога из незаконного владения, объясняется

необходимостью обеспечить защиту права залогодержателя (обязательственного по своей природе) не только от незаконных действий залогодателя, но и третьих лиц.

Таким образом, представляется, что можно говорить лишь о распространении некоторых норм о вещно-правовых способах защиты на залоговые отношения, но не о вещно-правовой природе самих залоговых отношений.

Залог как способ обеспечения исполнения обязательства

Теперь же, определив понятие и правовую природу залоговых отношений, рассмотрим подробнее действующие положения российского гражданского законодательства о залоге и практику их применения.

Залог представляет собой один из способов обеспечения исполнения обязательств, сущность которого заключается в том, что кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом (п. 1 ст. 334 ГК).

В современных условиях залог занимает особое место среди способов обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств. Излишне напоминать о таких негативных явлениях, присущих переходному периоду нашей экономики, как инфляция, падение уровня производства, повсеместные неплатежи за поставленные товары, выполненные работы или оказан^ ные услуги. В такой ситуации широкое использование ранее весьма популярных способов обеспечения исполнения обязательств, например, таких, как неустойка, теряет практический смысл, В самом деле, откуда контрагенту по договору, который не имеет денежных средств в количестве, достаточном для уплаты долга, взять деньги для уплаты штрафа или пени?

В этом смысле залог обладает несомненными преимуществами. Во-первых, договор залога имущества обеспечивает наличие и сохранность этого имущества на тот момент, когда должнику придется рассчитываться с кредитором. Причем стоимость заложенного имущества будет возрастать пропорционально уровню инфляции, Во-вторых, залог имущества должника обеспечивает кредитору-залогодержателю возможность удовлетворить свои требования за счет предмета залога преимущественно перед другими кредиторами. В-третьих, реальная опасность потерять имущество в натуре

(а предметом залога является, как правило, особо ценное, т.н. быстролик-видное имущество) является хорошим стимулом для должника исполнить свои обязательства надлежащим образом.

Несмотря на все свои преимущества, залог пока не получил широкого распространения в предпринимательских отношениях. Объясняется это в первую очередь отсутствием системы единой государственной регистрации прав на недвижимость и сделок с недвижимым имуществом, которое в качестве предмета залога (ипотеки) является наиболее привлекательным для кредиторов. В результате нередко случается, что одно и то же имущество передается в залог неоднократно. При этом каждый последующий кредитор-залогодержатель не имеет представления о том, что его обязательство обеспечено залогом имущества, уже обремененного ранее заключенными договорами.

Однако отмеченные причины не являются неустранимым препятствием. Напротив, в соответствии с

ГК (ст. 131) предусмотрено, что право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации в едином государственном реестре учреждениями юстиции. Будут регистрироваться право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования, ипотека и сервитута. Учитывая, что органам, осуществляющим регистрацию, независимо от места ее совершения вменено в обязанность предоставлять информацию о произведенной регистрации и зарегистрированных правах любому лицу, проблема отсутствия у залогодержателя сведений о правах третьих лиц на заложенное имущество будет разрешена. Дело осталось за малым: необходимо обеспечить действие закона о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

В целом систему правового регулирования отношений по залогу предполагалось построить следующим образом. Все основные принципиальные положения должны содержаться непосредственно в ГК (ст. 334-358), поэтому отдельного закона о залоге не потребуется. Вместе с тем в самом Кодексе имеются нормы, отсылающие к специальным законам, регулирующим отдельные виды залога. Прежде всего это закон об ипотеке, сфера действия которого будет распространяться на залог земельных участков, предприятий, зданий, сооружений, квартир и другого недвижимого имущества. Общие правила о залоге, содержащиеся в ГК, применяются к ипотеке в том случае, если законом об ипотеке не будут установлены иные правила. Потребуется также принять закон, регулирующий отношения, связанные с кредитованием граждан ломбардами под залог принадлежащих гражданам вещей, и, видимо, закон о залоге товаров в обороте.

Вместе с тем следует учитывать, что при введении в действие части первой ГК Закон Российской Федерации «О залоге»' не признан утратившим силу, поэтому его применение подчиняется общему правилу, преду* смотренному Федеральным законом «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (ст. 4), а именно он подлежит применению в части, не противоречащей ГК.

Но вернемся к залогу как способу обеспечения исполнения обязательств. Еще раз подчеркнем, что его сущность составляет преимущественное право залогодержателя (перед другими кредиторами) получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества. В таком же порядке залогодержатель может получить удовлетворение своих требований и из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества независимо от того, в чью пользу оно застраховано (п. 1 ст. 334).

Как правило, в качестве залогодателя имущества выступает должник по обеспеченному залогом обязательству. Кодекс не исключает возможности установления залога для обеспечения обязательства и третьим лицом. Однако независимо от того, кто является залогодателем (сам должник или третье лицо), вещь, передаваемая в залог, должна принадлежать ему на праве собственности. В определенных случаях допускается участие в этих отношениях не собственника вещи. а субъектов права хозяйственного ве-;

дения, к которым, как известно, относятся государственные и муниципальные предприятия. Вместе с тем необходимо учитывать, что передача имущества в залог означает распоряжение этим имуществом. Поэтому уста-. новленные в ГК (ст. 295) ограничения в распоряжении недвижимостью в отношении государственных и муниципальных предприятий в полной мере относятся и к залогу. Следовательно, залогодателем по договору ипотек» указанные унитарные предприятия могут стать

лишь с согласия собственника.

Содержащиеся в ГК правила о залогодателе в значительной степени детализированы арбитражно-судебной практикой применительно к организационно-правовым формам юридических лиц.

Наибольшая специфика (и добавим, опасность для кредитора-залогодержателя) просматривается в ситуации, когда в качестве залогодателя выступает акционерное общество, созданное в ходе приватизации путем преобразования государственного или муниципального предприятия. Дело в том, что в соответствии с ГК (п. 3 ст. 96) особенности правового, положения таких акционерных обществ определяются также законами и иными правовыми актами о приватизации государственных и муниципальных предприятий.

* См.: Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1992.Ns23.0r.l239.

Как известно, отношения, связанные с приватизацией, регулируются Законом Российской Федерации «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в РСФСР» от 3 июля 1991 г.' Детальная же регламентация порядка преобразования государственных предприятий в акционерные общества содержится в Указе Президента Российской Федерации от 1 июля 1992 г. № 721 «Об организационных мерах по преобразованию государственных предприятий, добровольных объединений государственных предприятий в акционерные общества»2, которым утверждено Положение о коммерциализации государственных предприятий с одновременным преобразованием в акционерные общества открытого типа, а также Типовой устав такого акционерного общества. Согласно п. 6.3 Типового устава, сделки по отчуждению имущества общества, стоимость которого превышает 10 процентов балансовой стоимости его активов, требуют решения общего собрания акционеров. Если договор залога заключен акционерным обществом (в качестве залогодателя) с нарушением этого требования. он является ничтожной сделкой со всеми вытекающими отсюда последствиями для залогодержателя.

Судебная практика исходит из того, что указанные особенности правового положения акционерных обществ, созданных в процессе приватизации государственных предприятий, подлежат применению в отношении договоров залога, заключенных до 1 января 1996 г., в тех случаях, когда хотя бы одна акция остается в собственности государства.

В отношении договоров, заключенных после 1 января 1996 г., применяются иные правила, предусмотренные Федеральным законом «Об акционерных обществах»3, который определил временные границы применения особенностей правового положения акционерных обществ, созданных при приватизации государственных и муниципальных предприятий. Закон (п. 5 ст. 1) связал переход таких акционерных обществ на общий режим правового регулирования с двумя моментами: Во-первых, с моментом отчуждения государством или муниципальным образованием 75 процентов принадлежащих им акций; во-вторых, с моментом окончания срока приватизации, независимо от числа акций, оставшихся в собственности государства или муниципального образования. Во втором случае в судебной практике имелись определенные сложности, поскольку в планах приватизации, как правило, не определяется срок ее окончания. В связи с этим Пленумы Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в,

' См.; Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. №27. Ст. 927.

2 Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 2. Ст. 1657.

3 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 1 .Ст. 1.

своем постановлении от 2 апреля 1997г. №4/8 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»' (п, 2) разъяснили, что при определении срока окончания приватизации конкретных акционерных обществ необходимо руководствоваться п. 10 Указа Президента Российской Федерации от 18 августа 1996 г. № 1210 «О мерах по защите прав акционеров и обеспечению интересов государства как собственника и акционера», согласно которому таким сроком следует считать последнюю из дат, фиксирующих срок окончания продажи акций (проведения завершающего конкурса или аукциона). Если в соответствии с законодательством о приватизации в государственной собственности закрепляется на определенный срок пакет акций создаваемого акционерного общества (51,38 или 25,5 процента), сроком завершения приватизации считается окончание периода, на который закреплен в собственности государства пакет акций. По окончании срока приватизации, с момента, когда количество акций, принадлежащих государству или муниципальному образованию, составит не более 25 процентов их общего числа (при частичной реализации пакета акций до наступления этого срока), деятельность акционерного общества, созданного на базе приватизированного государственного или муниципального предприятия, полностью переходит в сферу регулирования Федерального закона «Об акционерных обществах». Если при приватизации государственного предприятия выпускается «золотая акция», наделяющая ее держателя правом вето на общем собрании акционеров, это право сохраняется за держателем «золотой акции» в течение всего периода ее действия.

Если речь идет об акционерных обществах, деятельность которых регулируется ГК и Федеральным законом «Об акционерных обществах» без учета каких-либо особенностей, предусмотренных приватизационным или иным законодательством, следует иметь в виду, что при определенных условиях договор залога, залогодателем по которому выступает такое акционерное общество, может быть квалифицирован как крупная сделка. Федеральным законом «Об акционерных обществах» (ст. 78 и 79) предусмотрено, что совершение крупных сделок акционерным обществом возможно лишь при наличии единогласного решения совета директоров (наблюдательного совета) – при стоимости приобретаемого или отчуждаемого (в том числе путем передачи в залог) по сделке имущества от 25 до 50 процентов балансовой стоимости активов общества на дату принятия такого решения либо по решению общего собрания акционеров – при стоимости имущества, являющегося предметом сделки, свыше 50 процентов балансовой стоимости активов общества на дату принятия решения о ее совершении. На основании решения общего собрания акционеров заключаются также сдел-

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федераций. 1997.№б.С. 11.

ки, связанные с приобретением или отчуждением обществом имущества стоимостью от 25 до 50 процентов балансовой стоимости активов общества, если совет директоров (наблюдательный совет) не достиг единогласия относительно такой сделки и передал этот вопрос на рассмотрение общего собрания акционеров. Сумма (размер) крупной сделки определяется исходя из стоимости реально отчуждаемого или приобретаемого имущества (в том числе имущества, передаваемого в залог) в сопоставлении с данными последнего утвержденного баланса общества.

В постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 апреля 1997 г. (п. 14) содержится разъяснение, согласно которому в случае совершения крупной

сделки генеральным директором (директором) акционерного общества или уполномоченным им лицом при отсутствии необходимого решения совета директоров (наблюдательного совета) или общего собрания акционеров такая сделка является недействительной. Однако она может быть признана судом имеющей юридическую силу и создающей для общества вытекающие из нее права и обязанности, если при рассмотрении спора будет установлено, что в последующем данная сделка была одобрена соответственно советом директоров (наблюдательным советом) либо общим собранием акционерного общества.

Что касается договоров залога, заключенных со стороны залогодателя -акционерного общества его генеральным директором (директором) за пределами ограничений его полномочий, предусмотренных не законом, а уставом соответствующего акционерного общества, то такой договор может быть признан недействительным только при наличии оснований, предусмотренных ст. 174 ГК.

Например, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, рассматривая протест заместителя Генерального прокурора Российской Федерации на постановление апелляционной инстанции одного из арбитражных судов, установил следующее.

Открытое акционерное общество обратилось в арбитражный суд с иском о признании недействительным договора залога нежилого помещения, заключенного с коммерческим банком в обеспечение возврата кредита. Решением арбитражного суда исковые требования были удовлетворены. Постановлением апелляционной инстанции решение отменено, в иске отказано. В протесте заместителя Генерального прокурора Российской Федерации предлагалось постановление отменить, решение суда оставить в силе. Рассмотрев данный протест, Президиум не нашел оснований для его удовлетворения.

Как усматривалось из устава акционерного общества, оно является правопреемником товарищества с ограниченной ответственностью и учреждено в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от

14 октября 1992 г. № 1230 «О регулировании арендных отношений и приватизации имущества государственных и муниципальных предприятий, сданного в аренду». Пунктом 6.4 устава общества закреплена исключительная компетенция общего собрания акционеров по вопросам распоряжения имуществом общества, составляющим более 10 процентов его активов.

Данное требование устава не было предусмотрено законом и иными правовыми актами, применимыми в момент совершения сделки залога к акционерным обществам, созданным на основании упомянутого Указа.

Договор о залоге нежилого помещения с балансовой стоимостью, превышающей уставный капитал акционерного общества, подписан со стороны общества его генеральным директором.

В подтверждение полномочий на заключение указанной сделки генеральный директор представил банку разрешение общего собрания акционеров, оформленное протоколом собрания, и выписку из реестра акционеров акционерного общества о принадлежности директору общества 56,6 процента акций общества, заверенную держателем реестра – инвестиционно финансовой компанией. Оснований для сомнения в подлинности этих документов по их внешним признакам у банка не имелось.

Согласно ст. 174 Гражданского кодекса Российской Федерации, если полномочия органа

юридического лица ограничены учредительными документами и при совершении сделки орган действовал с превышением ограниченных в таком порядке полномочий, сделка может быть признана судом недействительной по иску лица, в интересах которого установлены ограничения, лишь в случаях, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об этих ограничениях.

Факт подделки генеральным директором акционерного общества документов, представленных банку при заключении от имени общества договора залога, установлен экспертизой при расследовании уголовного деда. В момент оформления указанной сделки банк не знал и не мог заведомо знать о том, что общее собрание акционеров общества по вопросу о получении кредита под залог помещения не проводилось и соответствующими полномочиями генерального директора не наделяло. Поэтому оснований для признания оспоримой сделки недействительной в данном случае не имелось. Последствия ее совершения должно нести то юридическое лицо, от имени которого недобросовестно действовал его исполнительный орган.

Учитывая изложенное и руководствуясь ст. 187-189 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации протест отклонил и оставил в силе постановление апелляционной инстанции арбитражного суда об отказе в иске о признании договора залога недействительной сделкой'.

' См.: Дело арбитражного суда Саратовской области № Ш-47/1^6 за 1995 г.

Некоторыми особенностями отличается оценка в судебной практике договоров залога, в качестве залогодателей по которым выступают государственные и муниципальные унитарные предприятия. Здесь кредиторов залогодержателей «подстерегает» другая опасность. Дело в том, что в соответствии со ст. 49 ГК унитарные предприятия, в отличие от иных организационно-правовых форм коммерческих организаций, обладающих общей правоспособностью, наделены лишь целевой правоспособностью. Устав унитарного предприятия помимо общих сведений о юридическом лице должен содержать сведения о предмете и целях деятельности этого предприятия (п. 1 ст. 113 ГК).

В постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 (п. 18) разъяснено, что унитарные предприятия, а также другие коммерческие организации, в отношении которых законом предусмотрена специальная правоспособность (банки, страховые организации и некоторые другие), не вправе совершать сделки, противоречащие целям и предмету их деятельности, определенным законом или иными правовыми актами. Такие сделки являются ничтожными на основании ст. 168 ГК. Применительно к договорам залога в реальной судебной практике признаются ничтожными сделками договоры о передаче в залог залогодателем – государственным или муниципальным предприятием производственных фондов или иного имущества, без которого предприятие не сможет в полном объеме выполнять уставные цели, а также имущества, стоимость которого сравнима с балансовой стоимостью активов предприятия.

Кроме того, специфика государственного или муниципального предприятия, выступающего в роли залогодателя, заключается еще и в том, что как субъект права хозяйственного ведения распоряжаться недвижимым имуществом (в том числе путем передачи его в залог) такое предприятие вправе лишь при наличии согласия органа, уполномоченного собственником: государством или муниципальным образованием. Несоблюдение этого требования также влечет признание договора залога ничтожной сделкой.

Казенные предприятия, а также иные унитарные предприятия, не основанные на государственной и муниципальной собственности (индивидуальные частные предприятия, предприятия общественных организаций и т.п.), к которым, как известно, применяется правовой режим казенных предприятий, могут выступать в качестве залогодателя любого принадлежащего им имущества, за исключением произведенных ими готовых товаров, только с согласия собственника или уполномоченного им органа (п. 1 ст. 297 ГК).

Что касается залогодержателя, то в этом качестве может выступать кредитор по любому гражданско-правовому обязательству. ГК не включает

в себя каких-либо специальных норм о залогодержателе, аналогичных тем, которые содержатся в ст. 335 Кодекса и устанавливают правила относительно залогодателя. ;

Залогом обеспечиваются прежде всего требования, основанные на отношениях по кредиту. Однако нет никаких препятствий, чтобы использовать его для обеспечения любых иных обязательств. Применение залога предполагает только одно условие; обеспечиваемое им требование должно быть действительным. Это означает, что залоговое требование не должно противоречить закону.

На практике, помимо кредитных, залогом обеспечиваются главным образом обязательства, вытекающие из договоров купли-продажи, подряда, комиссии, хранения и других предусмотренных в ГК договоров. В то же время залог нередко используется применительно к обязательствам и за пределами предусмотренных ГК договоров, а иногда и гражданского права. Так, Законом Российской Федерации от 15 апреля 1993 г. «О вывозе и ввозе культурных ценностей»' предусмотрено, что временный вывоз ценностей, которые имеют историческое, художественное, научное или культурное значение, памятников истории и культуры, взятых под охрану государства, возможен только с разрешения компетентных государственных органов. По этому поводу между заинтересованным лицом, а также федеральной службой по сохранению культурных ценностей заключается договор, предусматривающий обязательство возвратить в страну вывозимые ценности. Указанное обстоятельство обеспечивается залогом самих этих ценностей.

Временное положение о финансировании и кредитовании капитального строительства на территории Российской Федерации, утвержденное постановлением Правительства 21 марта 1994 г.2, предусматривает, что средства федерального бюджета на возвратной основе предоставляются заемщикам (застройщикам) под залог зданий, сооружений, оборудования объектов незавершенного строительства, материальных ценностей и другого имущества с предоставлением соответствующих документов, предусмотренных залоговым законодательством.

Залог нашел широкое распространение в деятельности таможенных органов. Он используется здесь в целях обеспечения уплаты таможенной пошлины и некоторых других платежей, а также для обеспечения взыскания штрафа или стоимости товаров и транспортных средств при совершении нарушений таможенных правил3. „

' См.: Ведомости Съезда народных депутатов российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации- 1993. № 18. Ст. 718.

2 См. САПП РФ. 1994. № 3. Ст. 996.

3 См.: Вестник Высшего Арбитражного $;уда Российской Федерации. 1994, № 8.

Ст. 73.

В некоторых случаях определенные требования кредиторов считаются обеспеченными залогом имущества, являющегося предметом сделки, в силу прямого указания закона (т.н. законный залог). К примеру, при продаже товара в кредит, если иное не будет предусмотрено договором купли-продажи, с момента передачи товара покупателю и до его оплаты товар, проданный в кредит, признается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем его обязанности по оплате товара (п. 5 ст. 488 ГК).

Предметом залога может служить всякое имущество (ст. 336 ГК). Вместе с тем в состав имущества (в гражданско-правовом смысле) входят не только вещи, т.е. имущество в натуре, но и имущественные права (ст. 128 ГК). Однако далеко не всякое право может отчуждаться или передаваться другому лицу в иной форме. В частности, не допускается переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, например требований об алиментах и о возмещении вреда жизни или здоровью. Поэтому Кодекс в отношении таких прав исключает возможность передачи их в залог (п. 1 ст. 336 ГК). В тех случаях, когда предметом залога выступают иные имущественные права, их залогодателем может быть лишь лицо, которому принадлежит закладываемое право.

Что касается иных видов имущества (не имущественных прав), то они могут беспрепятственно служить предметом залога. Исключение могут составить лишь отдельные виды имущества, в отношении которых законом установлены соответствующие запреты и ограничения.

По общему правилу, необходимым признаком предмета залога должна признаваться его «товарность»: в залог принимается только то, что закон не запрещает продавать.

Указанное ограничение выражено главным образом в ст. 336 ГК, которая содержит указание на недопустимость использования в качестве предмета залога, во-первых, вещей, которые изъяты из оборота, во-вторых, требований, неразрывно связанных с личностью кредиторов, в-третьих, отдельных видов имущества, залог которых прямо запрещен законом.

Круг вещей, изъятых из оборота, неширок. Сюда входят главным образом вещи, находящиеся в исключительной собственности государства, в том числе ресурсы континентального территориального шельфа и морской экономической зоны, определенные объекты оборонного производства и др. Наряду с изъятыми из оборота не могут находиться в залоге и объекты ограниченно оборотоспособные. В качестве примера можно сослаться на природные лечебные ресурсы, которые могут принадлежать на праве собственности Российской Федерации либо субъектам Федерации (см. Закон от 23 февраля 1995 г. «О природных лечебных ресурсах, лечебно-оздоро-

вительных местностях и курортах»'). К числу указанных объектов относятся минеральные воды, лечебные грязи, рапа лиманов и озер и др.

К вещам, залог которых запрещен, относятся, в частности, культурные ценности, но не все, а только хранящиеся в государственных и муниципальных музеях, картинных галереях, библиотеках, архивах и других государственных организациях культуры. Указом Президента от 16 ноября 1992 г, «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий»2 предусмотрена так называемая «золотая акция», предоставляющая ее владельцу определенные исключительные права (в том числе право наложения вето на решение общего собрания акционерного общества по определенному кругу вопросов). «Золотая акция» должна находиться в государственной собственности, и «ее передача в залог или траст не допускается».

Положение о совершении сделок с драгоценными металлами на территории Российской Федерации, утвержденное постановлением Правительства от 30 июня 1994 г.3, предусматривает запрет залога содержащих золото и серебро изделий, если они не относятся к ювелирным и другим бытовым изделиям. Этим же актом запрещен залог полуфабрикатов, содержащих золото и серебро.

Инвесторы и промышленные потребители могут закладывать, принимать в качестве залога (заклада) слитки золота и серебра с условием реализации предмета залога через специальные уполномоченные банки. Удовлетворение требований залогодержателя может быть осуществлено только за счет денежных средств, полученных в результате реализации слитков, являющихся предметом залога, через специально уполномоченный банк.

Специально уполномоченные банки в пределах прав, предоставленных им действующим законодательством, и с учетом требований Центрального банка РФ вправе совершать залоговые операции со слитками золота и серебра при условии реализации предмета залога через специально уполномоченные банки с учетом требований указанного Положения.

В самом ГК в качестве примера имущественных прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, указаны требования о взыскании алиментов и возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина.

Провозгласив в виде общего правила возможность для лиц, имеющих в собственности земельный участок, сдавать его в залог, п. 1 ст. 260 предусмотрел, что указанное право, как и право сдавать в аренду и распоряжаться иным способом этим объектом, принадлежит такому лицу лишь «по-

' См.; Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. №9. Ст. 713.

2 См.: Ведомости Съезда народных депутатов Верховного Совета Российской Федерации. 1992.№47.Ст.2722.

3 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 11. Ст. 1291.

стольку, поскольку соответствующие земли на основании закона не исключены из оборота или не ограничены в обороте».

Кодексом запрещены залог и другие сделки, которые влекут или могут повлечь отчуждение земельного участка (п. 2 ст. 267). Не может быть самостоятельным предметом залога право, составляющее земельный сервитут (п. 2 ст. 275).

Как уже отмечалось, ГК особо предусмотрена возможность запрещения залога имущества, на которое в соответствии с законом нельзя обратить взыскание. Имеются в виду прежде всего вещи, входящие в Перечень видов имущества граждан, на которое нельзя обращать взыскание по исполнительным документам. Этот Перечень составляет Приложение 1 к действующему Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР. Появление норм, связывающих залог с возможностью обращения взыскания на его предмет, объясняется тем, что в противном случае создалась бы тупиковая ситуация; принять имущество в залог можно, но реализовать залоговое право единственно возможным способом ~ обратив взыскание на задол-женное имущество, кредитору запрещено. Включая соответствующий запрет в ГК, законодатель явно руководствовался известным еще со времен римского права принципом: «Невозможное не может быть предметом обязательства».

В залог могут быть переданы вещи, которые находятся либо в собственности, либо в хозяйственном

ведении залогодателя. В последнем случае имеется в виду выступление в качестве залогодателя унитарного предприятия – государственного или муниципального. Всем им ГК предоставляет право закладывать любое имущество, установив лишь одно ограничение:

как уже отмечалось, ГК (ст. 295) предусмотрел, что сдавать в залог закрепленное за ним имущество, относящееся к категории недвижимого, государственное или муниципальное унитарное предприятие может только с согласия собственника, т.е. Российской Федерации, субъекта Федерации или муниципального образования, от имени которых действуют наделенные соответствующей компетенцией органы.

Госкомимущество РФ утвердил 21 апреля 1994 г. Временное положение о согласовании залоговых сделок'. В нем содержится список прилагаемых при обращении за получением разрешения документов, включая перечень закладываемого имущества с указанием его базовой стоимости, проект договора о залоге и др. На Госкомимущество возложена обязанность вести реестр залоговых сделок, в который в необходимых случаях вносятся не только заключенные сделки о залоге, но и все изменения и дополнения к залоговому договору.

См.: Банковский бюллетень. 1994. № 12. Ст. 41 и ел. 17й

Постановлением Правительства РФ от 5 января 1995 г. «Об управлении федеральной собственностью, находящейся за рубежом»' установлено, что решение о залоге недвижимого имущества, находящегося за рубежом и являющегося федеральной собственностью, а также ценных бумаг, долей, паев и акций, принадлежащих Российской Федерации, принимается Правительством Российской Федерации.

Допускается возможность введения различного рода ограничений и для сдачи в залог принадлежащего предприятиям движимого имущества, если только на этот счет есть прямое указание в законе или ином правовом

акте (ст. 295).

Одно из такого рода ограничений содержится в постановлении Правительства РФ от 31 марта 1994 г. Им признано, что решение о передаче в залог государственного имущества Российской Федерации, а также долей и акций являющихся государственной собственностью в уставном капитале организаций различных организационно-правовых форм в ФРГ, принимаются Правительством РФ по представлению Госкомимущества Российской Федерации по предложению соответствующих министерств и ведомств2.

В отличие от имущества государственных и муниципальных предприятий имущество учреждения, находящееся у него в оперативном управлении, в залог вообще передаваться не может.

Однако следует иметь в виду, что в соответствии со ст. 298 ГК учредительные документы, на основе которых действует учреждение, могут предоставить ему право осуществлять приносящую доход деятельность (например, сдавать часть принадлежащего ему помещения в аренду). Доходами, полученными от такой деятельности, и приобретенным за счет этих доходов имуществом учреждение вправе распоряжаться самостоятельно.

Одной из форм такого распоряжения и служит передача в залог соответствующего имущества. Таким образом, прежде чем принять в залог имущество школы, университета, больницы или любого другого учреждения, кредитору следует убедиться в происхождении такого имущества; передано ли оно

учреждению собственником или приобретено самим учреждением за счет доходов от разрешенной деятельности. При этом необходимо иметь в виду, что имущество, которым учреждение может самостоятельно распоряжаться, должно быть непременно отражено на его отдельном балансе.

Вслед за Законом «О залоге» ГК оставляет открытым вопрос о возможности использовать в качестве предмета залога деньги. Ответ на негр следует из смысла ст. 336, посвященной предмету залога. Если предметом залога может быть всякое не изъятое из оборота имущество, а деньги, без-

' См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 3, Ст. 203. 2 См. САПП РФ. 1994. № 14. Ст. 1065.

условно, входят в это число, то, очевидно, нет препятствий к их залогу. Все же необходимо учитывать определенные особенности данной разновидности залога. В частности, имеется в виду, что залог должен предполагать их передачу в депозит залогодержателю или третьему лицу, без чего такой залог практически нереален.

В виде исключения практическое значение может иметь залог «денег, которые находятся на расчетном счете» юридического лица, но только на случай ликвидации юридического лица. Имеется в виду приоритетное удовлетворение требований залогодержателя из соответствующих сумм,

В отличие от «залога рублей» залог иностранной валюты имеет все основания для существования. При этом, если иное не предусмотрено законом или договором, способы обращения взыскания на указанный предмет залога должны быть в принципе такими же, как и в отношении всех других вещей, используемых при залоге, но в рамках общего, установленного для валюты режима.

Особый предмет залога составляют ценные бумаги. Статья 142 ГК называет ценной бумагой документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении. Поскольку, как видно из приведенного определения, ценная бумага – это всегда «документ», используемые на практике особые способы фиксации прав, не удовлетворяемые ценной бумагой, электронные способы расчетов (по терминологии ГК – «бездокументарные ценные бумаги») к числу ценных бумаг могут быть отнесены лишь с определенными оговорками. В отличие от подлинной ценной бумаги указанные эрзацы лишены вещно-правовых элементов, сохраняя лишь элементы обязательственные. По этой причине следует полагать, что «квазиценные бумаги», о которых идет речь. могут стать предметом залога только в режиме, установленном для залога прав. Соответствующие отношения, по сути дела, сходны с теми, которые возникают при «залоге расчетного счета», представляющем собой залог не вещи (денег), а «права на вещь» (права требовать выдачи той суммы, которая находится на счете должника в банке). И только в предусмотренном ст. 249 случае, когда по требованию кредитора ему выдается документ, подтверждающий право держателя бездокументарной ценной бумаги, может идти речь о подлинном залоге ценной бумаги. Имеется в виду, что роль последней исполняет указанный документ, однако для этого соответствующие документы должны быть предварительно в установленном законом порядке приобрести форму ценной бумаги.

Залог ценной бумаги производится путем передачи ее залогодержателю либо в депозит нотариуса, если договором не предусмотрено иное (п. 4 ст. 338).

Статья 143 ГК выделяет в качестве отдельных видов ценных бумаг государственные облигации, облигации, депозитный и сберегательный сертификаты, чеки, векселя, коносаменты, акции,

приватизационные ценные

бумаги.

Особое значение среди указанных ценных бумаг имеют акции. Их широкая оборотоспособность, особенно в условиях развернутой системы фондовых бирж, создает значительные преимущества для кредиторов, чей долг

обеспечен акциями.

С хозяйственными обществами и товариществами связан и другой вид

ценных бумаг – облигации. Пока они не получили достаточного развития. Однако следует ожидать, что их выпуск, а значит, и использование в качестве предмета залога будет расширяться, если, разумеется, государство создаст необходимый жесткий режим для эмиссии такого рода ценных бумаг. В частности, это может быть сделано в будущем в законе, специально

посвященном ценным бумагам.

Из числа ценных бумаг наиболее широкое распространение получили, естественно, приватизационные чеки. Утвержденное Указом Президента РФ от 14 августа 1992 г. «Положение о приватизационных чеках»' называло их «государственной ценной бумагой целевого назначения, имеющей номинальную стоимость в рублях». Однако следует учесть, что залог приватизационных чеков был запрещен.

Приведенный в ГК перечень ценных бумаг не является исчерпывающим. Уже теперь в обороте появились новые их виды. В частности, можно указать на жилищный сертификат, представляющий собой особый вид облигаций с индексируемой номинальной стоимостью. Порядок выпуска и обращения жилищных сертификатов определен Положением, утвержденным Указом Президента РФ от 10 июня 1994 г.2

Применительно к залогу прав «товарность» означает возможность реализации залога путем уступки соответствующего требования.

Именно по этой причине п. 2 ст. 336, в котором идет речь о предмете залога, полностью корреспондирует другой, имеющей более общий характер норме – той, которая определяет, какие именно права не могут переходить к другим лицам (ст. 383). В последней статье содержится запрещение уступки без согласия должника требования «по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника».

Круг связанных с личностью требований не следует расширять. Так, очевидно, не должно быть препятствий к принятию в залог права на получение заработной платы или гонорара за произведения литературы, науки и

' См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного

Совета Российской Федерации. 1992. № 25. Ст. 200.

2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1994, № 7. Ст. 694.

искусства, причитающегося изобретателю вознаграждения и др. В подобных случаях сам кредитор должен оценить степень принимаемого им на себя риска, особенно в случаях, когда речь идет о неначисленной заработной плате или ненаписанном произведении.

Во всех случаях, когда предметом залога выступает «требование», оно передается в том объеме, в каком принадлежало залогодателю. Это означает, например, что заложенные арендные права при их продаже переходят к приобретателю только на оставшийся срок. Отмеченное обстоятельство, в частности, должны принимать во внимание потенциальные кредиторы, решая для себя вопрос об объеме гарантий, приобретаемых ими при принятии соответствующего права (требования) в залог.

При залоге прав залогодателем может выступать только тот, кому соответствующее право принадлежит. В п. 3 ст. 335 ГК особо отмечается, что залог права аренды или иного права на чужую вещь допускается без согласия ее собственника или лица, которое имеет на нее право хозяйственного ведения, кроме случаев, когда закон или договор запрещает отчуждение соответствующего права без согласия указанных лиц. Таким образом, закреплена легальная презумпция в пользу того, что лицо, обладающее арендным или иным правом на чужую вещь, может самостоятельно решать вопрос о залоге соответствующей вещи.

Особо выделяется возможность сдачи в залог вещей и имущественных прав, «которые залогодатель приобретает в будущем» (п. 6 ст. 340).

Приведенная норма открывает широкие перспективы применения залога в сельском хозяйстве. Имеется в виду получение сельскими предпринимателями различных видов ссуд в банке для покрытия расходов, связанных с приобретением необходимых им машин, семян, минеральных удобрений и т.п., под залог будущего урожая.

В тех ситуациях, когда сложно определить состав имущества, являющегося предметом залога, важное значение имеют правила, позволяющие определить состав имущества, на которое распространяются права залогодержателя (ст. 340 ГК).

Довольно традиционным представляется положение о том, что указанные права залогодержателя распространяются на принадлежности вещи, являющейся предметом залога (если иное не предусмотрено договором), а также на полученные в результате использования заложенного имущества плоды, продукцию и доходы (если это прямо установлено договором).

В качестве диспозитивной нормы предусмотрено, что права залогодержателя, вытекающие из ипотеки предприятия или иного имущественного комплекса в целом, распространяются на все входящее в его состав имущество, включая права требования и исключительные права, в том числе приобретенные в период ипотеки.

Особо хотелось бы отметить три правила, содержащиеся в ГК (пп. 3-5 ст. 340 ГК), посвященные регулированию ипотеки в ситуации, когда приходится решать вопрос о соотношениях залога земельного участка с залогом (или юридической судьбой) находящихся на нем строений, зданий и

сооружений.

Первое правило заключается в том, что ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором они находятся, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части. Таким образом, исключается возможность заложить здание или сооружение, находящееся «в воздухе». Если все же это произойдет, соответствующий договор залога будет являться недействительным.

Второе правило предусмотрено на случай, когда предметом залога, напротив, является земельный

участок, на котором находится здание или сооружение. В этой ситуации вопрос решается иначе. При ипотеке земельного участка право залога в принципе не распространяется на находящиеся или возводимые на этом участке здания или сооружения залогодателя, если только в договоре не предусмотрено иное. В таких случаях, если стороны в договоре о залоге земельного участка условились об ипотеке земли и ничего не предусмотрели в отношении здания или сооружения, которые на нем находятся, при обращении взыскания на заложенный земельный участок за залогодателем сохраняется право ограниченного пользования той его частью, которая необходима для использования здания или сооружения в соответствии с его назначением. Иначе говоря, земельный участок, на который обращается взыскание, обременяется сервитутом.

И наконец, третье правило касается случаев, когда закладывается земельный участок, на котором находятся здание или сооружение, не принадлежащие собственнику земельного участка (залогодателю). Суть этого правила заключается в том, что при обращении залогодержателем взыскания на этот земельный участок и его продажи с публичных торгов к приобретателю земельного участка переходят права и обязанности, которые имел залогодатель в отношении лица, являющегося владельцем здания или сооружения.

Предметом договора залога могут быть не только вещи и имущественные права, которые находятся в фактическом владении залогодателя в момент заключения договора, но и те вещи и имущественные права, которые будут приобретены им в будущем. Это положение, в частности, делает возможным обеспечение кредитных договоров, заключаемых в целях финансирования строительства каких-либо объектов, путем передачи в залог указанных объектов, а также договоров банковской ссуды под индивиду

альное жилищное строительство, когда в случае невозврата ссуды ;и неуплаты процентов взыскание может быть обращено на построенный ссудополучателем жилой дом.

Допускается также передача в залог одного и того же имущества нескольким залогодержателям {последующий залог), но только при соблюдении двух обязательных условий: во-первых, такой порядок передачи в залог имущества возможен, если последующий залог не запрещен предшествующим договором о залоге; во-вторых, всякий раз, когда устанавливается последующий залог, залогодатель обязан сообщить каждому новому залогодержателю сведения обо всех существующих залогах этого имущества, т.е. применительно к каждому предшествующему договору о залоге должна быть предоставлена информация о предмете залога, его оценке, существе, размере и сроке исполнения обязательства, обеспеченного залогом, В случае невыполнения этой обязанности залогодатель должен возместить соответствующему залогодержателю все причиненные им убытки.

Если отношения сторон могут быть определены как последующий залог, т.е. имущество, находящееся в залоге, стало предметом еще одного залога в обеспечение других требований, юридические последствия такой квалификации заключаются в том, что требования последующего залогодержателя удовлетворяются из стоимости заложенного имущества лишь после после удовлетворения требований предшествующих залогодержателей (п. 1 ст. 342).

Отношения по залогу имущества должны быть оформлены договором. Именно с момента заключения договора о залоге и возникает право залога, Правда, для тех случаев, когда предмет залога должен быть передан залогодержателю, право залога возникает с момента передачи ему соответствующего имущества. Однако и в этом случае должен быть заключен договор о залоге.

В Кодексе предусмотрены особые требования как к форме договора, так и к его содержанию. Прежде всего необходимо отметить достаточно обширный, по сравнению с другими гражданско-правовыми договорами, перечень условий договора о залоге, которые признаются существенными;

Значение существенных условий всякого договора заключается в том, что договор не может считаться заключенным, если сторонами не достигнуто соглашение по каждому из них (ст. 432 ГК). К разряду существенных условий договора о залоге отнесены предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения основного обязательства, обеспечиваемого залогом, указание на то, у кого находится залоговое имущество (п. 1 ст. 339 ГК)

Условие договора о предмете залога должно содержать сведения, позволяющие индентифицировать заложенное имущество. Судебная практика исходит из того, что при отсутствии в договоре залога таких сведений су-

щественное условие договора о его предмете является несогласованным, а сам договор залога – незаключенным. К примеру, в один из арбитражных судов обратился коммерческий банк с исковыми требованиями о взыскании с акционерного общества задолженности по кредитному договору с обращением взыскания на заложенные заемщиком два речных судна. По мнению же акционерного общества-залогодателя, требование об обращении взыскания на принадлежащие ему плавсредства являлось необоснованным, поскольку предметом возникших между сторонами отношений по залогу было другое имущество, определенное сторонами в договоре залога как «теплоходы и иные принадлежащие заемщику плавсредства». В собственности акционерного общества имелись и другие суда. кроме тех, на которые просил обратить взыскание кредитор.

Истец же полагал, что его требование соответствует ст. 26 Закона Российской Федерации «О залоге», согласно которой в том случае, если предметом залога являются несколько вещей, залогодержатель приобретает право получить удовлетворение за счет любой из заложенных вещей по

своему выбору.

В соответствии с п. 1 ст. 339 ГК РФ в договоре о залоге должны быть

указаны предмет залога, его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом. При отсутствии соглашения сторон хотя бы по одному из названных условий договор о залоге не может считаться заключенным. Таким образом, исходя из существа залогового обязательства предмет залога должен быть определен не просто указанием видовой принадлежности имущества (судна), а путем указания индивидуальных характеристик конкретного объекта, позволяющих вычленить

предмет залога из однородных предметов.

Поскольку из представленных на рассмотрение арбитражного суда документов следовало, что при определении предмета залога сторонами не была использована формулировка, позволяющая достоверно определить. какое конкретно имущество являлось предметом залога (индивидуализировать заложенное имущество), удовлетворение иска путем обращения взыскания на речные суда, фактически выбранные по усмотрению залогодержателя из всего имущества залогодателя, являлось необоснованным.

В другом случае предметом залога выступало стационарное оборудование, расположенное по месту нахождения ремонтного участка организации-залогодателя.

Арбитражный суд признал обоснованным довод ответчика, ссылавшегося на отсутствие в договоре залога индивидуальных признаков заложенного имущества, позволявших вычленить его из аналогичного имущества, расположенного на ремонтном участке. Так, в соглашении сторон не содержалось описи заложенного оборудования, его наименования, заводских

номеров, а также каких-либо других количественных или качественных показателей. Стационарный характер, т.е. неизменность места расположения имущества, явившегося предметом залога, сам по себе не является признаком, позволяющим индивидуализировать спорное оборудование. В связи с этим договор залога не мог быть признан состоявшимся.

Условие об оценке предмета залога, также представляющее собой существенное условие договора залога, как правило, не имеет самостоятельного значения, поскольку в случае неисполнения должником обязательства, обеспеченного залогом, заложенное имущество, на которое обращено взыскание, подлежит продаже с публичных торгов и продается лицу, предложившему на торгах наивысшую цену. Более того, даже начальная продажная цена заложенного имущества, с которой начинаются торги, определяется решением суда в случае обращения взыскания на имущество в судебном порядке либо соглашением залогодержателя с залогодателем в остальных случаях (п. 3 ст. 350 ГК). При этом вовсе не обязательно при определении начальной продажной цены соответственно суд или стороны будут исходить из оценки предмета залога, данной в договоре.

Вместе с тем в некоторых случаях условие договора об оценке предмета залога может приобрести решающее значение. Например, в обращении взыскания на заложенное имущество залогодержателю может быть, отказано, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества (п. 2 ст. 348 ГК). Очевидно, что в подобных ситуациях стоимость заложенного имущества должна определяться исходя в первую очередь из оценки предмета залога, содержащейся в договоре.

Условие договора, содержащее указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество, также относится к категории существенных, однако отсутствие такого условия в тексте договора не влечет призна-. ния его незаключенным. Дело в том, что Кодекс содержит ряд правил, позволяющих определить данное условие договора и при отсутствии такового в его тексте. Указанные правила сформулированы как в виде императивных, так и диапозитивных норм. Поэтому можно говорить о том, что данное существенное условие договора залога относится к разряду определимых существенных условий, что исключает возможность при их отсутствии в договоре применять последствия, предусмотренные п. 1 ст. 432 ГК, т.е. признавать договор незаключенным. В подобных ситуациях соответствующее условие договора считается согласованным сторонами исходя из содержания императивных норм либо путем умолчания, означающего согласие с нормами диспозитивными.

Принимая во внимание, что в предпринимательских отношениях в качестве основного предмета залога применяется недвижимость и другое имущество, используемое для предпринимательской деятельности, Кодекс установил в качестве общего правила залог имущества без передачи его залогодержателю. А в отношении таких объектов, как товары в обороте и недвижимое имущество, предусмотрена императивная норма, в соответствии с которой это имущество не передается залогодержателю. Необходимость такого решения очевидна: это имущество должно использоваться залогодателем и приносить ему доходы, за счет которых он будет расплачиваться со своими

кредиторами, включая и залогодержателя.

Независимо от того, у кого залогодателя или залогодержателя – находится заложенное имущество, другой стороне предоставлено право контролировать обеспечение его сохранности и в этих целях проверять по документам и фактически наличие, количество, состояние и условия хранения

заложенного имущества, находящегося у другой стороны.

Кроме того, залогодателю или соответственно залогодержателю, у которых находится заложенное имущество, вменены дополнительные обязанности в отношении сохранности этого имущества, а именно: осуществлять страхование этого имущества в полной его стоимости от рисков утраты или повреждения, которое во всех случаях производится за счет залогодателя; защищать заложенное имущество от требований и иных посягательств других лиц, а также принимать иные меры, необходимые для обеспечения его сохранности; немедленно уведомлять другую сторону о возникновении угрозы или повреждения заложенного имущества (п. 1 ст. 343 ГК). Невыполнение этих обязанностей залогодержателем, если имущество находится у него, может повлечь для него досрочное прекращение залога.

Следующие три существенных условия договора: существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом, относятся, собственно, не к отношениям, вытекающим из-залога, а к основному обязательству. В этом смысле некоторой спецификой обладает лишь условие о размере исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом.

Размер исполнения основного обязательства передаваемым в залог. имуществом должен определяться договором. Если же договор залога соответствующего условия не содержит, считается, что залог обеспечивает требование залогодержателя в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения (ст. 337 ГК), Таким образом, в объем требований кредитора, погашаемых за счет выручки от продажи заложенного имущества, помимо собственно суммы долга должны включаться суммы, составляющие проценты, неустойку (штраф, пени), возмещение убытков, образовавшихся в связи с неисполнением должником своего обязательства, а также дополнительные расходы залогодержателя, понесенные им в связи с обращением

взыскания на заложенное имущество. Следовательно, данное существенное условие относится к категории определимых условий договора, т.е. его отсутствие в тексте договора не влечет признания последнего незаключенным.

Что же касается двух других существенных условий, относящихся к основному обязательству: существо обязательства и срок его исполнения, ~ то с точки зрения юридической техники они могут быть сформулированы лишь путем дублирования соответствующих условий, содержащихся в основном обязательстве. На практике стороны договора залога нередко, не дублируя соответствующих условий из основного обязательства, в тексте договора залога просто отсылают к основному обязательству, в обеспечение которого заключается договор залога, и зачастую создают для себя неразрешимые проблемы. Не следует забывать, что в данном случае речь идет о существенных условиях договора залога, который в силу этого может быть признан заключенным лишь при достижении сторонами соглашения по указанным условиям.

Судебная практика выработала дифференцированный подход к двум различным ситуациям: во-первых, когда залогодателем является должник в основном обязательстве; во-вторых, когда в качестве залогодателя выступает третье лицо.

В первом случае, когда залогодателем является должник в основном обязательстве, условие о существе и сроках исполнения обязательства, обеспеченного залогом, признается согласованным, если в договоре залога имеется отсылка к договору, регулирующему основное обязательство и содержащему соответствующие условия. Такое разъяснение содержится в постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996г. №6/8 и представляется совершенно оправданным. Ведь стороны договора залога: залогодатель и залогодержатель – уже выразили свою волю при заключении основного обязательства, где они являются соответственно должником и кредитором. При этих обстоятельствах отсылка к ранее согласованным условиям основного обязательства вполне достаточна, чтобы признать существенные условия договора залога о существе обеспечиваемого залогом обязательства и сроке его исполнения согласованными.

Во втором случае, когда в качестве залогодателя выступает третье лицо, отсылка в тексте договора залога к основному обязательству, им обеспечиваемому, не может быть признана выражением воли залогодателя -третьего лица, не являющегося стороной в основном обязательстве. Отсутствие в договоре залога существенных условий о существе основного обязательства и сроке его исполнения влечет признание его незаключенным.

Немало вопросов в правоприменительной практике вызвало применение правила, содержащегося в п. 3 ст. 340 ГК, согласно которому ипотека

здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права

аренды этого участка или его соответствующей части.

Формальное применение данного положения ГК могло бы привести к признанию большинства договоров ипотеки ничтожными сделками, ибо в нашей стране в результате приватизации образовалось много участников имущественного оборота, являющихся собственниками зданий, строений, сооружений, которые в поисках кредитных ресурсов закладывают принадлежащие им объекты недвижимости, несмотря на то, что не являются собственниками земли. Причем подобные действия не могут быть признаны неправомерными, поскольку в силу ст. 209 ГК они вправе, как собственники, по своему усмотрению распоряжаться соответствующими объектами недвижимости, в том числе и путем передачи их в залог.

Данные обстоятельства были приняты во внимание при подготовке постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8, в котором содержится следующее разъяснение порядка применения п. 3 ст. 340 ГК (п. 45). При разрешении споров необходимо иметь в виду, что данное правило подлежит применению в случаях, когда лицо, выступающее в роли залогодателя здания или сооружения, является собственником или арендатором соответствующего земельного участка. Если такое лицо по договору ипотеки передает в залог только здание или сооружение, а земельный участок либо право его аренды не является предметом залога, такой договор должен считаться

ничтожной сделкой (ст. 168).

В остальных случаях, когда залогодатель здания или сооружения не

является собственником или арендатором земельного участка, договор ипотеки не может считаться не соответствующим законодательству на основании п. 3 ст. 340 ГК. Права залогодателя, а при обращении взыскания на здание или сооружение – права покупателя на земельный участок должны определяться исходя из ст. 37 Земельного кодекса Российской Федерации, согласно которой при переходе права собственности на строение, сооружение или при передаче их другим юридическим лицам или гражданам вместе с этими объектами переходит и право пользования земельными участками.

Общее требование к форме договора залога состоит в том, что он

должен быть заключен в письменной форме. Вместе с тем договор об ипотеке всегда подлежит нотариальному удостоверению. В такой же квалифицированной форме (нотариальное удостоверение) должны заключаться договоры о залоге движимого имущества или прав на имущество, которые

служат обеспечением обязательств по договору, требующих нотариального удостоверения. Однако требования к оформлению договора ипотеки этим не ограничиваются: помимо того, что указанные договоры удостоверяются нотариусом, они также подлежат и государственной регистрации, как и любая другая сделка с недвижимым имуществом (ст. 131 ГК). Несоблюдение квалифицированной формы договора о залоге, когда требуется его нотариальное удостоверение, или правил о государственной регистрации договора залога влечет его недействительность.

При рассмотрении споров по искам залогодержателей об обращении взыскания на заложенные в обеспечение кредитных договоров автотранспортные средства залогодателями нередко ставится вопрос о недействительности заключенного сторонами договора залога в связи с несоблюдением процедуры его регистрации. При этом они говорят, что в соответствии со ст. 339 ГК, ст. 11 Закона Российской Федерации «О залоге» и постановлением Правительства от 12.08.94 № 938 «О государственной регистрации автомототранспортных средств и других видов самоходной техники на территории Российской Федерации» залог автотранспортных средств подлежит обязательной регистрации в органах Государственной автомобильной инспекции МВД.

В соответствии с Правилами регистрации автомототранспортных средств и прицепов к ним в Государственной автомобильной инспекции, изданными МВД во исполнение вышеназванного постановления Правительства, регистрация залога транспортных средств производится по месту регистрации автомототранспортных средств с участием сторон договора или их законных представителей. Залогодателю и залогодержателю выдаются свидетельства о регистрации залога транспортных средств. О регистрации залога делается запись в реестре регистрации залога транспортных средств. Если же договор залога не зарегистрирован в установленном Правилами порядке, то, по мнению залогодателей, в соответствии со ст. 165 ГК он является ничтожной сделкой.

Между тем при разрешении подобных дел арбитражные суды исходят из того, что, согласно п. 3 ст. 339 ГК, обязательной регистрации подлежат только сделки, связанные с залогом недвижимости (ипотека), к которой, в соответствии с п. 1 ст. 130, ГК относятся также воздушные, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Иных случаев регистрации залога параграф 3 гл. 23 ГК не предусматривает.

Что касается ссылки залогодателей на ст. 11, п. 2 ст. 40 Закона «О залоге». то, согласно Федеральному закону «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», в числе других законов и иных правовых актов, принятых до введения в действие части первой ГК, Закон «О

залоге» действует на территории Российской Федерации

лишь в части, не противоречащей общим положениям о залоге,' установленным ГК.

При оценке законности заключения договора залога и его действительности необходимо учитывать также акцессорный характер порождаемого им обязательства. Данное обстоятельство, в частности, исключает возможность заключения договора залога в форме предварительного договора. Иначе пришлось бы столкнуться с ситуациями, когда стороны были бы обязаны заключить основной договор залога, в том числе и после прекращения по различным основаниям обеспечиваемого им обязательства. Да и нормы, регламентирующие предварительный договор, не вызывают на этот счет никаких сомнений. В соответствии с п. 1 ст. 429 ГК по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор на условиях, предусмотренных предварительным договором). Очевидно, что договор залога, как обеспечительный, акцессорный договор, к этой категории гражданско-правовых договоров не относится.

В чем состоит исполнение обязательств, вытекающих из договора залога? На наш взгляд, исполнение договора залога заключается в принятии мер, обеспечивающих сохранность заложенного имущества; соблюдении установленных законом или договором правил владения, пользования и распоряжения предметом залога; и наконец, в обеспечении обращения взыскания на заложенное имущество в порядке, определенном законом или договором. В рамках этих общих обязанностей сторон по договору залога залогодатель и залогодержатель должны выполнять конкретизирующие их требования, установленные законом, а также исполнять обязанности, которые могут быть самым детальным образом регламентированы договором залога.

Как отмечалось, одна из основных целей залога заключается в том, чтобы к моменту, когда должник не исполнит своего обязательства, кредитор располагал реальной возможностью обратить взыскание на заложенное имущество. Из этого следует, что имущество залогодателя к этому моменту должно как минимум сохраниться в натуре. Этой цели служат некоторые нормы, содержащиеся в ГК, которые устанавливают возможность передачи залогодержателю заложенного имущества либо предусматривают иные способы обеспечения сохранности этого имущества. К примеру, в случае, если предметом залога является имущественное право, удостоверенное ценной бумагой, указанная бумага должна быть передана залогодержателю либо в депозит нотариуса, если залогодатель и залогодержатель не договорились по-иному.

Одним из способов обеспечения сохранности заложенного имущества является твердый залог, когда предмет залога хоть и оставляется у залого

дателя, но с наложением знаков, свидетельствующих о залоге. Возможен и такой вариант, когда вещь, передаваемая в залог, остается у залогодателя под замком и печатью залогодержателя. Однако следует учитывать, что применение твердого залога возможно только в случаях, предусмотренных договором.

Залогодатель или залогодержатель, в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имущество, обязаны обеспечить сохранность этого имущества в течение всего срока действия договора о залоге.

Каковы последствия несоблюдения этой обязанности? Прежде всего необходимо обратить внимание на содержащуюся в ГК диспозитивную норму, устанавливающую принципиальную презумпцию:

риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества несет залогодатель, если иное не предусмотрено договором о залоге (п. 1 ст. 344 ГК). Это правило будет действовать даже тогда, когда заложенное имущество, которое утрачено или повреждено, находилось в этот момент у залогодержателя.

Если же причины гибели или повреждения имущества, переданного в соответствии с договором о залоге залогодержателю, не могут быть квалифицированы как случайно наступившие обстоятельства, ответственность за полную или частичную утрату или повреждения предмета залога возлагается на залогодержателя. При этом размер ответственности залогодержателя при утрате заложенного имущества определяется исходя из действительной стоимости предмета залога, а в случае его повреждения – исходя из суммы, на которую эта стоимость понизилась, независимо от суммы, в которую был оценен предмет залога при передаче его залогодержателю. Исключение составляют ситуаций, когда в результате повреждения предмета залога он изменился настолько, что не может быть использован по прямому назначению. При таких обстоятельствах залогодатель получает право отказаться от заложенного имущества и потребовать возмещения действительной стоимости предмета залога, а в случаях, предусмотренных договором о залоге, и возмещения других убытков. Причем залогодатель, который одновременно выступает должником по основному обязательству, вправе зачесть свое требование к залогодержателю о возмещении убытков, причиненных утратой или повреждением заложенного имущества, в счет погашения обязательства, обеспеченного залогом.

В определенных случаях залогодателю предоставлено право восстановить или заменить утраченное или поврежденное заложенное имущество другим равноценным имуществом. Это возможно, если предмет залога погиб или поврежден либо право собственности (хозяйственного ведения) на него прекращено по основаниям, установленным законом, например в результате реквизиции или принудительного выкупа, а также если договором

о залоге не предусмотрено иное. В остальных же случаях залогодатель должен получить согласие залогодержателя на замену предмета залога.

Как уже отмечалось, предметом залога может быть имущество, эксплуатация которого либо использование иным образом может приносить доходы (к примеру, предприятие).

Передача такого имущества в залог не должна влечь за собой отказа от его использования. Иначе за счет каких же средств залогодатель, выступающий, как правило, должником в основном обязательстве, сможет погасить свои долги?

Поэтому в ГК включены нормы, обеспечивающие продолжение использования имущества по его назначению и после заключения договора о залоге. Речь идет, в частности, о нормах, наделяющих залогодателя правом пользоваться предметом залога и извлекать из него плоды и доходы. Иное может быть предусмотрено договором или может вытекать из существа отношений залогодателя и залогодержателя.

Что же касается возможности для залогодателя распорядиться имуществом, в том числе путем его отчуждения, передачи в аренду или безвозмездное пользование другому лицу, то это допускается лишь с согласия залогодателя. Это положение тоже носит диспозитивный характер: право залогодателя на распоряжение заложенным имуществом может быть установлено договором о залоге, законом либо может вытекать из существа залога. Например, очевидно, что данное правило не будет действовать, если предметом залога являются товары в обороте. Залогодатель во всех случаях также

вправе завещать заложенное имущество.

Иначе решается вопрос, когда в соответствии с договором о залоге заложенное имущество находится у залогодержателя. Он вправе пользоваться предметом залога лишь в случаях, когда это прямо указано в договоре, и при условии регулярного представления залогодателю отчета о пользовании заложенным имуществом. В договоре о залоге может быть также предусмотрена обязанность залогодержателя извлекать из предмета залога плоды и доходы в целях погашения основного обязательства или в интересах залогодателя.

В процессе исполнения договора залога, заключенного в форме заклада, когда заложенное имущество подлежит передаче залогодержателю, возникает необходимость обеспечить защиту прав залогодержателя не только от неправомерных действий залогодателя, но и от нарушений со стороны третьих лиц, которые незаконно удерживают предмет залога либо посягают на предусмотренное договором залога право залогодержателя пользоваться заложенным имуществом. Этим, в частности, объясняется предоставление залогодержателю в определенных случаях вещно-правовой защиты, которая, обслуживая правоотношения абсолютного характера,

наиболее оптимальным образом обеспечивает защиту субъективных гражданских прав от неправомерных действий третьих лиц.

Как известно, всякий собственник или законный владелец вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения (виндикацион-ный иск) либо требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения (негаторный иск).

Аналогичные права предоставлены и залогодержателю. Залогодержатель, у которого находилось или должно было находиться заложенное имущество, вправе истребовать его из чужого незаконного владения, в том числе из владения залогодателя. В случаях же, когда по условиям договора залогодержателю предоставлено право пользоваться переданным ему предметом залога, он может требовать от других лиц, в том числе и от залогодателя, устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения не были соединены с лишением владения (ст. 347 ГК).

Еще раз хотелось бы отметить, что, наделяя залогодержателя в определенных ситуациях вещно-правовыми способами защиты, законодатель решает конкретную практическую задачу: обеспечение защиты его прав от незаконных действий третьих лиц. Это всего лишь прием законодательной техники, никак не влияющий на обязательственно-правовую природу залоговых отношений. Этот же прием законодатель использует и в некоторых других случаях, в частности для защиты прав доверительного управляющего (п. 3 ст. 1020 ГК). При этом ни у кого не вызывает сомнения обязательственно-правовая природа отношений, вытекающих из договора доверительного управления.

Как уже отмечалось, суть залога и его смысл заключаются в том, что залогодержатель в случае неисполнения должником своих обязательств получает возможность удовлетворить свои требования за счет заложенного имущества, обратив на него взыскание. Но не всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства со стороны должника предоставляет залогодержателю такое право. Для этого требуется, чтобы обязательство было нарушено должником по обстоятельствам, за которые последний несет ответственность. К примеру, нельзя обращать взыскание на заложенное имущество, если обязательство не было исполнено должником по причинам, связанным с действием непреодолимой силы (за исключением денежного обязательства).

И еще одно препятствие может встретиться на пути залогодержателя, желающего обратить взыскание на заложенное имущество: допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства может носить крайне незначительный характер, и в силу этого размер требований залогодержателя может оказаться несоразмерным стоимости заложенного иму-

щества, И в этом случае суд вправе отказать залогодержателю в обращении взыскания на заложенное имущество.

Существенно изменен нормами ГК порядок обращения взыскания на заложенное имущество (ст. 349 ГК). Ранее независимо от вида и характера заложенного имущества обращение взыскания на предмет залога производилось по решению суда. В случаях, предусмотренных законодательством, допускалось обращение взыскания на заложенное имущество и в бесспорном порядке на основании исполнительной надписи нотариуса (ст. 28 Закона Российской Федерации «О залоге»).

Такое регулирование порядка обращения взыскания на заложенное имущество имело весьма существенные недостатки: оно было поверхностным, не учитывало всего многообразия ситуаций, складывающихся в залоговых правоотношениях. Серьезную критику вызывали нормы, допускающие бесспорное обращение взыскания на предмет залога по исполнительной надписи нотариуса. Ведь применение такого способа удовлетворения требований залогодержателя чревато немалым риском: при получении нотариальной надписи никакой проверки обоснованности требований кредитора (залогодержателя) их основательности, наличия возможности погашения долга без обращения взыскания на заложенное имущество и т.п., есте-' ственно, не производилось- И это в российских условиях, когда активно развиваются ипотечные отношения под т.н. потребительский кредит, когда ссуда гражданам предоставляется банками не на индивидуальное жилищное строительство либо приобретение нового недвижимого имущества,-которые в нормальной ситуации и должны выступать предметом залога. Полученные ссуды зачастую используются гражданами на лечение или иные потребительские цели, а предметом залога нередко служат единственная приватизированная квартира или садовый участок. «Пускать с молотка» такое имущество без решения суда, который должен оценить все' конкретные обстоятельства, по исполнительной надписи нотариуса, безнравственно.

Да и в предпринимательских отношениях могут складываться аналогичные ситуации, когда, например, кредит выдается фермеру под залог его земельного участка. Безусловно, если сумма кредита и соответствующие проценты фермером не уплачены, банк должен иметь возможность обратить взыскание на заложенную землю, но по решению суда, а не на основании сугубо формальной надписи нотариуса.

С другой стороны, установленный Законом <(0 залоге» порядок обращения взыскания на заложенное имущество критиковался за косность и неповоротливость, и на то были свои причины. В самом деле, зачем, спрашивается, заставлять залогодателя и залогодержателя обращаться в суд в' случаях, когда должником (залогодателем) признан факт неисполнения

обязательств и обоснованность требований кредитора (залогодержателя), в том числе и в части обращения взыскания на заложенное имущество. Мало того, что это значительно затягивает удовлетворение требований кредитора, обращение залогодержателя в суд влекло за собой дополнительные неоправданные убытки для залогодателя, поскольку в подобной ситуации на него относились все судебные издержки, включая расходы залогодержателя по уплате государственной пошлины,

В ГК реализован иной подход к решению вопроса о порядке обращения взыскания на заложенное имущество. Суть его состоит в дифференциации правового регулирования порядка обращения взыскания на предмет залога в зависимости от вида имущества, переданного в залог, а также от характера залоговых отношений.

С этой точки зрения представляется совершенно оправданным выделение в отдельные нормы правил обращения взыскания на недвижимое -имущество. Здесь берется во внимание вид заложенного имущества с его характерными, присущими только ему чертами. Как известно, к недвижимости относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей, т.е. объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения. К недвижимому имуществу относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, космические объекты, а также иное имущество, которое в соответствии с законом относится к недвижимости. Признается недвижимостью и предприятие в целом, как имущественный комплекс (ст. 130, 132 ГК).

Характерная особенность правового режима недвижимости заключается в том, что права на недвижимость, а также сделки с недвижимостью подлежат государственной регистрации.

Общим правилом, регламентирующим порядок обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество, является положение, согласно которому требования залогодержателя удовлетворяются из стоимости такого имущества по решению суда. Возможность бесспорного обращения взыскания на недвижимость, являющуюся предметом залога, по исполнительной надписи нотариуса исключается.

Вместе с тем предусмотрен один случай, когда залогодержателем может быть обращено взыскание на заложенное недвижимое имущество без предъявления иска в суд. Удовлетворение требования залогодержателя за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд допускается на основании нотариально удостоверенного соглашения залогодержателя с залогодателем, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога.

Здесь необходимо выделить три существенных обстоятельства. Во-первых, это момент заключения такого соглашения. Оно будет правомерч ным лишь в том случае, если заключено залогодателем или залогодержателем после того, когда должником в установленный срок не исполнено или ненадлежаще исполнено обязательство, т.е. у залогодержателя появляются правовые основания для обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество. Следовательно, всякое условие в договоре о залоге о праве залогодержателя на внесудебное обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество признается юридически ничтожным, впрочем, как и любое соглашение об этом, заключенное до установленной даты исполнения должником обязательства. На данное обстоятельство обращено внимание судов и в постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Согласно п. 47 постановления удовлетворение требования залогодержателя за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд допускается только на основании нотариально удостоверенного соглашения залогодержателя с залогодателем, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога. Условие о праве залогодержателя обратить взыскание на заложенное недвижимое имущество без предъявления иска в суд, содержащееся непосредственно в договоре о залоге, должно признаваться недействительным.

Во-вторых, ГК предъявляет особые требования к форме соглашения залогодателя и залогодержателя о внесудебном обращении взыскания на недвижимое имущество; такое соглашение должно быть удостоверено нотариусом. К этому следует добавить, что несоблюдение нотариальной формы сделки влечет ее недействительность, она является ничтожной сделкой. (ст. 165 ГК).

В-третьих, соглашение об обращении взыскания на недвижимость как предмет залога без предъявления иска в суд может быть оспорено не только залогодателем или залогодержателем, выступающими сторонами такого соглашения. Такое соглашение может быть признано недействительным по иску любого лица, чьи права нарушены указанным соглашением. Речь идет, например, о предшествующих залогодержателях, о собственнике имущества и т.п.

Не вызывает сомнений, что в заключении соглашения, в соответствии с которым требования залогодержателя удовлетворяются за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд, заинтересованы как залогодержатель, так и залогодатель. Залогодержатель получает возможность оперативно удовлетворить свои требования к должнику, а залогодатель – избежать судебных издержек. Естественно, имеются в виду ситуа

ции, когда факт нарушения должником основного обязательства носит очевидный характер. '

Иначе регулируется порядок обращения взыскания на заложенное движимое имущество, т.е. на остальное имущество, не относящееся к недвижимости. Здесь соответствующее правило изложено в виде диспозитив" ной нормы, предусматривающей, что требования залогодержателя удовлетворяются за счет предмета залога по решению суда, если иное не предусмотрено соглашением залогодателя с залогодержателем. В данном случае залогодержателю и залогодателю предоставлены более широкие возможности обойтись без суда при решении вопроса об удовлетворении требований залогодержателя за счет предмета залога. Для этого достаточно иметь соответствующее условие в договоре о залоге либо в ином соглашении сторон, которое может быть оформлено и до возникновения у залогодержателя оснований обратить взыскание на заложенное имущество.

Особое правило установлено для обращения взыскания на движимое имущество, которое в качестве предмета залога передано залогодержателю (заклад). Взыскание на такое имущество может быть обращено залогодержателем в порядке, предусмотренном договором, если законом не установлен иной порядок. Неудачная редакция соответствующего положения п. 2 ст. 349 ГК, где специальное правило об обращении взыскания на предмет заклада противопоставляется общему правилу об обращении взыскания на заложенное движимое имущество, вызвала определенные сложности в судебной практике. Более того, данное положение иногда трактовалось таким образом, что при закладе появляется дополнительное существенное условие договора залога – о порядке обращения взыскания на заложенное имущество. Определенная ясность была внесена лишь путем толкования указанного законоположения в постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда от 1 июля 1996 г. В соответствии с п. 48 постановления порядок обращения взыскания на предмет залога, переданный залогодержателю (заклад), определяется в соответствии с договором о залоге, если законом не установлен иной порядок. Вместе с тем, учитывая, что предметом такого договора может быть только движимое имущество, при отсутствии в договоре условия о порядке обращения взыскания на предмет залога следует исходить из того, что в данном случае подлежит применению общее правило об обращении взыскания на заложенное движимое имущество (п. 2 ст. 349).

И наконец, в ГК предусмотрены три группы случаев, когда независимо от вида имущества,

переданного в залог, взыскание на предмет залога может быть обращено исключительно по решению суда.

Во-первых, это те случаи, когда для заключения договора о залоге требовалось согласие или разрешение другого лица или органа. Примеры,

иллюстрирующие сказанное, можно найти в самом тексте Кодекса. Так, унитарное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения, не вправе отдавать в залог принадлежащее ему на праве хозяйственного ведения недвижимое имущество без согласия собственника (ст. 295). Казенное предприятие вправе распоряжаться, а следовательно, и передавать в залог, закрепленным за ним имуществом лишь с согласия собственника этого имущества (ст. 297 ГК). Принимая во внимание, что к названным категориям субъектов относятся все государственные и муниципальные предприятия, можно себе представить число случаев, попадающих в первую группу.

Во-вторых, это те случаи, когда предметом залога является имущество. имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества. Как видим, для выделения этой группы случаев законодатель воспользовался оценочными критериями, тем самым предоставив суду, в конечном счете, право решать, относятся ли объекты, служащие предметом залога, к названному классу имущества, обращение взыскания на которое допускается только по решению суда.

В-третьих, это те случаи, когда к моменту, когда у залогодержателя появляются основания реализовать свое право на обращение взыскания на заложенное имущество залогодатель отсутствует и определить место его нахождения невозможно.

Независимо от того, в каком порядке обращено взыскание на заложенное имущество: по решению суда или без обращения в суд, – предмет залога должен быть реализован с соблюдением правил, установленных ГК (ст. 350). Указанные правила значительно отличаются от тех, которые предусмотрены гражданско-процессуальным законодательством и ранее имели повсеместное применение (гл. 39 и 40 ГПК). Дело в том, что при их разработке учитывалось, что продажей заложенного имущества будут заниматься отнюдь не только судебные исполнители (судебные приставы), но и специализированные коммерческие организации, имеющие соответствующие лицензии. Во всяком случае, в связи с предполагаемым бурным развитием залоговых, и в особенности ипотечных, отношений поле деятельности для такого рода коммерческих организаций представляется чрезвычайно широким.

Итак, в чем же состоят основные правила, регламентирующие порядок реализации заложенного имущества?

Прежде всего необходимо отметить, что реализация предмета залога, на который обращено взыскание, должна производиться путем продажи с публичных торгов. Таким образом, возможность комиссионной продажи заложенного имущества исключается.

Если обращение взыскания на заложенное имущество производится по решению суда, суд имеет право отсрочить его продажу с публичных торгов на срок до одного года. Основанием для такой отсрочки может слу

жить просьба залогодателя. Эта норма рассчитана в основном на те случаи, когда предметом залога является единственная квартира, принадлежащая на праве собственности гражданину, либо

индивидуальный жилой дом. Залогодателю (гражданину) предоставляется шанс расплатиться с залогодержателем по долгам и сохранить свое имущество. С другой стороны, нельзя не заметить, что действие данной нормы в определенной мере ущемляет интересы залогодержателя, который в течение длительного периода лишен возможности удовлетворить свои, по существу бесспорные, требования к залогодателю. Защите интересов залогодержателя, хотя бы в минимальной степени, будет служить положение, в соответствии с которым указанная отсрочка не затрагивает прав и обязанностей сторон по основному обязательству, обеспеченному залогом, и не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора и неустойки.

Порядок определения начальной продажной цены заложенного имущества различается в зависимости от того, обращается ли взыскание на предмет залога по решению суда либо во внесудебном порядке. В первом случае суд, принявший решение об обращении взыскания на заложенное имущество, должен также и назначить начальную продажную цену этого имущества. Если же взыскание на предмет залога обращено без предъявления иска в суд, начальная продажная цена заложенного имущества определяется по соглашению между залогодателем и залогодержателем.

В качестве покупателя реализуемого имущества, являющегося предметом залога, признается лицо, предложившее за него наивысшую цену.

Практика показывает, что зачастую залогодержатели имеют неправильные представления относительно своих особых прав на заложенное имущество. Истина состоит в том, что ни при каких обстоятельствах залогодержатель не может автоматически в силу каких-то особых оснований стать собственником заложенного имущества. Напротив, по сравнению с Другими лицами его права на указанное имущество в определенной мере ограничены.

Залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество, если торги будут объявлены несостоявшимися. При этом залогодержатель может зачесть в счет покупной цены свои требования по основному обязательству, обеспеченному залогом.

И только при объявлении несостоявшимися торгов залогодержатель имеет право оставить предмет залога за собой с оценкой его в сумме не более чем на 10 процентов ниже начальной продажной цены на повторных торгах. Если же залогодержатель своим правом не воспользуется в течение месяца после объявления повторных торгов несостоявшимися, договор о залоге прекращается. Данное правило является весьма жестким и формали-

зеванным, что, возможно, еще вызовет определенные трудности на практиг ке в процессе его применения.

Аукционный принцип продажи заложенного имущества при отсутствии развитого рынка (в особенности недвижимости), который дал бы необходимые ориентиры в определении цены имущества, позволяет с большой степенью вероятности предсказать по мере развития залоговых отношений массовый характер случаев, когда предмет залога будет продаваться с публичных торгов по цене, значительно отличающейся от той, которую кредитор и должник имели в виду, обеспечивая исполнение обязательства залогом соответствующего имущества. Это, в свою очередь, приведет к тому, что выручка от продажи заложенного имущества не позволит удовлетворить требования залогодержателя либо, напротив, после погашения долга останется в излишке.

Выход из подобных ситуаций помогут найти следующие правила. В случаях, когда сумма, вырученная от продажи заложенного имущества, окажется недостаточной для погашения требований

залогодержателя, он имеет право, при отсутствии иного указания в законе или договоре» получить недостающую сумму из другого имущества должника. Правда, такие требования залогодержателя лишаются тех преимуществ, которые имеют требования, обеспеченные залогом.

Если сумма, полученная в связи с реализацией заложенного имущества на публичных торгах, превысит размер, необходимый для удовлетворения обеспеченных залогом требований залогодержателя, излишняя сумма подлежит возврату залогодержателю.

Залогодатель, в роли которого может выступать как должник в основном обязательстве, так и третье лицо, имеет возможность в любой момент до продажи заложенного имущества (в том числе даже после начала публичных торгов) прекратить обращение взыскания на предмет залога. Для этого залогодатель должен исполнить обеспеченное залогом обязательство либо ту его часть, исполнение которой оказалось просроченным. Если исполнение обязательства будет произведено залогодателем в период проведения торгов, данное обстоятельство явится безусловным основанием для их приостановления. Данное право залогодателя не может быть отменено либо ограничено ни законодательством, ни соглашением сторон, любое соглашение об этом признается ничтожным.

В целях защиты прав залогодержателя от незаконных действий со стороны залогодателя в определенных случаях залогодержатель наделяется правом требовать от должника досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом. Это право может быть реализовано залогодержателем при ухудшении обеспечения его требований в результате следующих обстоятельств; если предмет залога выбыл из владения залогодателя, у кото-

рого он был оставлен, не в соответствии с условиями договора о залоге;

если залогодателем произведена замена предмета залога с нарушением установленных правил; если предмет залога утрачен по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает, а залогодатель не восстановил предмет залога или не заменил его равноценным имуществом.

При определенных условиях залогодержатель вправе не только потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, но и обратить взыскание на предмет залога, если это требование не будет выполнено. Это возможно в следующих случаях: нарушения залогодателем правил о последующем залоге, например, когда заложенное имущество повторно передано в залог, несмотря на запрет последующего залога, установленный предшествующим договором о залоге; невыполнения залогодателем обязанностей по страхованию оставленного у него имущества, обеспечению сохранности предмета залога; непредставления залогодателем документов и необеспечения условий для проверки наличия, количества, состояния и условий хранения заложенного имущества, находящегося у залогодателя.

Залог как акцессорное обязательство, обеспечивающее основное обязательство, прекращается с прекращением этого основного обязательства, Помимо отмеченного нормального порядка прекращения залогового обязательства, ГК предусмотрен перечень специальных оснований прекращения залога (п. 1 ст. 352 ГК).

Во-первых, залогодатель вправе потребовать досрочного прекращения залога при грубом нарушении залогодержателем обязанностей по страхованию за счет залогодателя заложенного имущества от

рисков утраты и повреждения, обеспечению сохранности заложенного имущества и его защите от посягательств-третьих лиц; немедленному уведомлению залогодателя о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества. Ясно, что соответствующие основания для досрочного прекращения договора залога могут появиться у залогодателя только в том случае, если в соответствии с договором заложенное имущество находится у залогодержателя.

Во-вторых, основанием прекращения залога может служить гибель заложенной вещи или прекращение заложенного права, если залогодатель в разумный срок не восстановил предмет залога или не заменил его другим, равноценным имуществом.

В-третьих, залог признается прекращенным в случае продажи заложенного имущества с публичных торгов, а также в случае, когда продажа предмета залога оказалась невозможной, поскольку торги, включая повторные, объявлены несостоявшимися, а залогодержатель в течение месяца

539

после объявления повторных торгов несостоявшимися не воспользовался своим правом оставить за собой заложенное имущество.

При прекращении залога вследствие исполнения обеспеченного залогом обязательства либо по требованию залогодателя в связи с грубым нарушением залогодержателем своих обязанностей в отношении находящегося у него предмета залога залогодержатель обязан немедленно возвратить

заложенное имущество залогодателю.

Учитывая, что договор залога недвижимости подлежит государственной регистрации, о прекращении ипотеки должна быть сделана отметка в реестре, в котором зарегистрирован указанный договор.

Переход права собственности или права хозяйственного ведения от залогодателя к другому лицу в результате возмездного или безвозмездного отчуждения этого имущества либо в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) не влечет прекращения залогового обязательства, напротив, залог сохраняет свою силу. В этих случаях на место залогодателя становится его правопреемник, который и несет все обязанности залогодателя, если иное не предусмотрено

соглашением с залогодержателем.

Встречаются ситуации, когда имущество залогодателя, являющееся

предметом залога, переходит в порядке правопреемства сразу к нескольким лицам, например, если в результате реорганизации юридического лица путем его разделения образовалось два или более юридических лиц. При таких условиях будет действовать общее правило, согласно которому каждый -из правопреемников (приобретателей имущества) несет вытекающие из залога последствия неисполнения обеспеченного залогом обязательства соразмерно перешедшей к нему части указанного имущества. Однако если предмет залога неделим или по иным основаниям остается в общей собственности правопреемников, они становятся солидарными залогодателями.

Залогодатель, как правило, является собственником имущества, которое служит предметом залога. И в этом качестве он не застрахован от изъятия имущества по основаниям и в порядке, установленных законом. В частности, непосредственно в ГК содержатся нормы, допускающие выкуп бесхозяйственно содержимых культурных ценностей, когда собственник таких ценностей,

отнесенных в соответствии с законом к особо ценным и охраняемых государством, содержит их ненадлежащим образом, что грозит утратой ими своего значения. Такие ценности могут быть изъяты у собственника путем выкупа государством или продажи с публичных торгов. Естественно, собственнику возмещается стоимость изъятых культурных ценностей (ст. 240). Имущество может быть изъято у собственника и в порядке реквизиции в случаях стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотии и при иных обстоятельствах, носящих чрезвычайный характер, с выплатой

собственнику стоимости имущества (ст. 242). Имеется в ГК и норма о национализации, т.е. обращении в государственную собственность, имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц, которая производится на основании закона, о возмещении собственнику стоимости этого имущества и других убытков (ст. 235).

Названные случаи изъятия имущества объединяет то, что взамен изъятого имущества собственник получает иное имущество либо соответствующую компенсацию. Если такой собственник является залогодателем, то право залога будет распространяться и на имущество, предоставленное ему взамен изъятого, Кроме того, залогодержатель получает право преимущественного удовлетворения своих требований из денежной компенсации, которую получил залогодатель в связи с изъятием у него имущества.

По-иному решается вопрос, когда имущество, являющееся предметом залога, изымается у залогодателя на том основании, что в действительности собственником этого имущества является другое лицо, либо в виде санкций за совершение преступления или иного правонарушения. Имеются в виду случаи, когда имущество истребовано у залогодателя законным собственником этого имущества по виндикационному иску (ст. 301 ГК), а также конфискация имущества, т.е. безвозмездное изъятие у залогодателя, являющегося собственником имущества, имущества по решению суда (или в административном порядке) в виде санкции за преступление или правонарушение.

В отмеченных случаях в определенной мере ущемляются и права залогодержателя, ибо он не может получить то, на что рассчитывал, заключая договор с залогодателем. Единственная возможность у залогодержателя -потребовать от должника досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом,

Обеспечительный, дополнительный к основному обязательству, характер залога подтверждается и нормами о переходе прав и обязанностей по договору залога. Переход прав может быть осуществлен залогодержателем посредством уступки своих прав другому лицу (цессия). Однако такая уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге может быть признана действительной только в том случае, если лицу, которому уступлены права залогодержателя, одновременно уступлены и права кредитора по основному обязательству, обеспеченному залогом. Особое правило установлено в отношении уступки залогодержателем прав по договору о залоге недвижимости: если не доказано иное, уступка прав по договору об ипотеке означает и уступку прав по обеспеченному ипотекой обязательству.

С переводом долга по обязательству, обеспеченному залогом, залог прекращается, если залогодатель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника.

Рассуждая об основаниях прекращения залоговых обязательств, нельзя обойти вопрос о судьбе залога в случае принятия решения о ликвидации юридического лица либо о его несостоятельности

(банкротстве). В этом случае обязательства, вытекающие из договора залога, прекращаются, а все права залогодержателя трансформируются в его право получить удовлетворение своих требований в третью очередь, в приоритетном порядке перед требованиями иных кредиторов по гражданско-правовым обязательствам (за исключением требований граждан о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, а также о выплате вознаграждения по авторскому договору). Данная очередь залогодержателя имеет приоритет не только перед необеспеченными кредиторами по гражданско-правовым обязательствам, но и перед требованиями государства об уплате обязательных платежей в бюджет и внебюджетные фонды.

Следует отметить, что положение ст. 64 ГК, в соответствии с которым кредитор по обеспеченному залогом обязательству поставлен в третью очередь ликвидируемого юридического лица (пусть даже привилегированную), встретило неоднозначную оценку в юридической литературе, в том числе и в комментариях к Гражданскому кодексу, К примеру, В.П. Мозолин и А.П. Юденков полагают, что «институт залога, имеющий целью облегчение получения кредита, может утратить значительную часть своей эффективности»'. Оппоненты данного законоположения ориентируются прежде всего на развитые правовые системы зарубежных стран, не имеющих подобных аналогов, напротив, там требования кредитора, обеспеченные залогом, удовлетворяются вне очереди. Кстати сказать, до введения в действие части первой ГК в случае банкротства юридического лица и по российскому законодательству предусматривалось внеочередное удовлетворение требований кредиторов-залогодержателей (см. ст. 30 Закона Российской Федерации «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»),

В связи с этим хотелось бы обратить внимание на ряд принципиальных моментов, которые нередко не учитываются при обсуждении названной проблемы.

Во-первых, отказ кредитору по обеспеченному залогом обязательству во внеочередном удовлетворении за счет предмета залога его требований к ликвидируемому юридическому лицу является логически оправданным следствием позиции законодателя относительно правовой природы залоговых отношений. В самом деле, если залог – институт обязательственного права, из которого не могут возникнуть какие-либо вещные права залогодержателя, имущество, служившее предметом залога, должно быть вклю-

' См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М., 1996. С.127-128.

чено в ликвидационный баланс (конкурсную массу) ликвидируемого юридического лица. Если же признать залоговые отношения вещно-правовыми, то залоговое имущество, как принадлежащее залогодержателю, не подлежало бы включению в состав имущества ликвидируемого юридического лица, предназначенного для расчетов с его кредиторами.

Во-вторых, нельзя забывать, что кредитор-залогодержатель вместо утрачиваемого им права получить внеочередное удовлетворение за счет предмета залога, получает полноценную компенсацию в виде льготной, по сравнению с большинством кредиторов и государством, очереди на удовлетворение его требований за счет всего имущества должника. В постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда от 1 июля 1996 г. № 6/8 (п. 25) имеется разъяснение, не оставляющее никаких сомнений на этот счет: «При ликвидации юридических лиц, в том числе в порядке, предусмотренном законодательством о несостоятельности (банкротстве), требования кредиторов удовлетворяются в очередности, определенной п. 1 ст. 64 ГК (п. 3 ст. 65). При рассмотрении дел о

несостоятельности (банкротстве) юридических лиц следует исходить из того, что имущество должника, признанного судом несостоятельным (банкротом), которое являлось предметом залога, подлежит включению в общую конкурсную массу имущества, а требования кредитора-залогодержателя удовлетворяются за счет всего имущества должника, оставшегося после удовлетворения требований кредиторов двух первых очередей, в том числе не являющегося предметом залога».

В-третьих, рассуждая об очередности удовлетворения требований кредитора-залогодержателя, нельзя забывать и о социальных проблемах, особенно в условиях современной российской экономики. К слову сказать, те же В.П. Мозолин и А.П. Юденков подчеркивают, что «удовлетворение требований по оплате труда во вторую очередь соответствует конвенции МОТ о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя от 3 июня 1992 г. № 173, предусматривающей для требований трудящихся из трудовых отношений более высокий приоритет по сравнению с большинством других привилегированных требований. И, в частности, с требованиями государства и системы социального обеспечения»'. Остается неясным, почему такие требования должны уступать требованиям кредиторов по обеспеченным залогом обязательствам, что может привести к обращению взыскания в порядке реализации залоговых прав на все имущество ликвидируемого юридического лица. Более того, в ситуации, когда требования ряда кредиторов будут обеспечены залогом различных частей имущества (скажем, готовой продукцией,

См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практиче-^ий комментарий. С. 127.

складскими помещениями, оборудованием предприятия), исключается возможность при ликвидации или банкротстве юридического лица продать предприятие в целом как имущественный комплекс, сохранив при этом рабочие места.

И наконец, в-четвертых, ликвидация (банкротство) юридического лица не относится к числу обычных, повседневных факторов, которые должны безусловно учитываться участниками имущественного оборота. Предоставляя обеспеченный залогом кредит коммерческой организации, банк вряд ли рассчитывает на ее ликвидацию или банкротство. В то же время банк должен учитывать установленные правила имущественного оборота, к числу которых относится и правило о льготной третьей очереди кредитора-залогодержателя с правом обратить взыскание на все имущество должника в случае его ликвидации или банкротства.

Отдельные виды залога

Как уже отмечалось, в ГК предусмотрены три отдельных вида залога, требующих особого регулирования: ипотека, залог товаров в обороте и залог вещей в ломбарде.

Ипотекой в соответствии с Кодексом (п. 2 ст. 334) признается залог земельных участков, предприятий, зданий, сооружений, квартир и другого недвижимого имущества. Отношения, связанные с ипотекой, должны регулироваться специальным законом об ипотеке, о чем прямо говорится в ГК. Что касается содержащихся в Кодексе общих правил о залоге, то они подлежат применению только в том случае, если в самом ГК или в законе об ипотеке будут отсутствовать нормы, устанавливающие соответствующие правила.

Относительно понятия «ипотека» следует заметить, что имеющееся сегодня законодательное

определение этого понятия несколько отличается от того, которое давалось в Законе Российской Федерации «О залоге». Ранее ипотекой признавался залог предприятия, строения, здания, сооружения или иного объекта, непосредственно связанного с землей, вместе с соответствующим земельным участком или правом пользования им (ст. 42 Закона).

Еще в большей степени современное понятие ипотеки по российской гражданско-правовой доктрине отличается от традиционного подхода к данному виду залога, сформировавшегося еще в римском праве, где под ипотекой разумелся всякий залог при сохранении за залогодателем права -владения и пользования заложенным имуществом, и в этом смысле ипотека противопоставлялась закладу.

Правда, в современном зарубежном законодательстве можно встретить иные подходы к определению понятия ипотеки. К примеру, в Граж

данском кодексе Нидерландов (раздел 9 кн. 3) различаются понятия залога и ипотеки. При этом суть различия заключается в следующем: если право залогодержателя учреждено на зарегистрированное имущество, тогда оно является правом ипотеки, если же право учреждено на другое имущество, тогда оно является правом залога (п. 1 ст. 227)'.

Конечно же, и с точки зрения российского гражданского законодательства имеется в виду сохранение права владения и пользования заложенным имуществом при ипотеке за залогодателем. Об этом свидетельствует, в частности, положение, содержащееся в п. 1 ст. 338 ГК, согласно которому имущество, на которое установлена ипотека, не передается залогодержателю. Залогодатель, остающийся владельцем заложенного имущества, вправе пользоваться предметом залога в соответствии с его назначением, в том числе извлекать из него плоды и доходы (п. 1 ст. 346). Вместе с тем сохранение за залогодателем права владения и пользования заложенным имуществом не является видообразующим признаком ипотеки. В качестве такового по российскому гражданскому законодательству признается предмет залога, каковым при ипотеке должно являться только недвижимое имущество.

Иной подход к понятию «ипотека» отмечается, к примеру, в Гражданском кодексе Республики Казахстан, предусматривающем, что предметом ипотеки может быть любое имущество – вещи и имущественные права требования, которое может быть использовано в качестве залога, кроме определенной категории имущества, правовое регулирование залога которого не допускает оставление его во владении и пользовании у залогодателя, или ипотека которого ограничена или запрещена законодательными актами. В связи с этим М.К. Сулейменов и Е.Б. Осипов, комментируя соответствующие законоположения, указывают, что по гражданскому праву Республики Казахстан классифицирующим основанием выделения ипотеки является предоставление залогодателю или третьему лицу при заключении договора о залоге права владения и пользования предметом залога; «под термином «ипотека» понимается не только залог недвижимого имущества, как это принято в правовых системах многих стран, но и залог любого имущества (в том числе и движимого, а также имущественных прав) с оставлением его во владении и пользовании залогодателя. Именно оставление заложенного имущества во владении и пользовании залогодателя и является классифицирующим признаком ипотеки как вида залога в соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан»2. Таким образом, объем полномочий сторон по договору залога признается критерием классификации залога на два вида: ипотеку и заклад. В результате использования этого

См.: Гражданский кодекс Нидерландов. Книги 2, 3,5,6 и 7. Лейден, 1996. С. 222. Сулейменов М.К., Осипов Е.Б. Указ. соч. С. 64,

критерия к ипотеке, в частности, относится и залог товаров в обороте, который в соответствии с законодательством Республики Казахстан признается особой разновидностью ипотеки движимого имущества'.

Однако вернемся к российскому гражданскому законодательству, по которому под ипотекой разумеется залог недвижимого имущества. Поэтому к ипотеке применяются правила, регулирующие сделки с недвижимым имуществом.

На договоры об ипотеке распространяются общие положения об обязательной регистрации прав на имущество, которое составляет предмет залога. Соответственно залог недвижимого имущества подлежит государственной регистрации. При этом в силу ст. 130 ГК к недвижимому имуществу относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей (т.е. объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, включая, в частности, леса, многолетние насаждения, здания, сооружения, а также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты). Одновременно в той же статье предусмотрена возможность отнесения к недвижимым вещам и любого иного имущества.

Следует иметь в виду, что ГК (ст. 131 и 164) предусматривает необходимость регистрации сделок с землей и другим недвижимым имуществом (имеются в виду отчуждение, ипотека, долговременная аренда и др.) в учреждениях юстиции. Порядок регистрации сделок с недвижимостью и ведения соответствующих реестров должен определяться Законом о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

При оценке значимости требований об обязательной регистрации залога отдельных видов имущества следует иметь в виду, что ГК (ст. 342) допускает, если это не запрещено предшествующими договорами, залог (последующий залог) имущества и одновременно закрепляет принцип старшинства. Этот принцип означает, что требования последующего залогодержателя удовлетворяются из вырученной при продаже предмета залога суммы после предшествующих залогодержателей. В этой связи на залогодателя возлагается обязанность сообщать каждому последующему залогодержателю сведения обо всех предшествующих залогах. Эти сведения должны включать все то, что отнесено Кодексом к числу необходимых (существенных) условий договора: что именно было заложено, его оценку, существо, размер и срок исполнения. Все убытки, которые могут возникнуть у залогодержателя вследствие нарушения соответствующей обязанности залогодателем, должны возмещаться этим последним.

' См.; Сулейменов М.К„ Осипов Е.Б. Указ. соч. С. 65.

К этому следует добавить, что и орган, осуществляющий регистрацию, отвечает за вред, причиненный в результате нарушения его работниками соответствующих правил. Речь идет о возмещении таким органом убытков, связанных с выдачей недостоверной или неполной информации или отказом от ее выдачи. Такого же рода требования могут предъявлять любые лица, которые руководствовались при решении вопроса о заключении или незаключении обеспеченного залогом договора информацией, исходящей от соответствующего органа. В частности, тот, кому предстояло стать должником в обязательстве, может предъявить иск о возмещении убытков в случаях, если ошибки, содержащиеся в информации (например, завышение объема обязательства, обеспеченного предшествующим залогом, либо уменьшение стоимости заложенного имущества) , повлекли за собой отказ потенциального кредитора выдать кредит.

Во всех указанных случаях действуют общие нормы о деликтных обязательствах, предполагающие возможность предъявления требований о возмещении не только реального ущерба, но и упущенной выгоды, а также устанавливающие общие условия возникновения соответствующего обязательства.

Законом «О залоге» предполагалось, что источником информации о залогах будут служить записи, которые обязан вести каждый, кто зарегистрирован в качестве предпринимателя. Соответственно записи, которые имели своим прообразом «купеческие книги», должны были содержать сведения о видах и предмете залога, объеме обеспеченного залогом обязательства. Однако описанное требование законодателя никто не выполнял и записи, о которых идет речь, не производились. Указанная идея была заранее обречена на провал, поскольку могла бы оказаться эффективной только при существовании жесткого режима, без которого невозможно признание особой доказательственной силы соответствующих книг.

В качестве примера можно сослаться на существовавший в дореволюционной России порядок, в соответствии с которым к тому, кто допускал нарушение установленного порядка ведения книг, применялись различные санкции. При этом, если купец в четвертый раз уличался в том, что не вносит необходимые записи в купеческие книги, он лишался права на ведение торговли навсегда'.

В этих условиях при принятии ГК были все основания отказаться от использования «записей о залоге», которые пытался внедрить Закон. ГК сохранил их только для залога товаров в обороте.

Как отмечалось, в соответствии с ГК отношения, связанные с ипотекой должны регулироваться законом об ипотеке. В связи с задержкой в принятии указанного закона, проект которого, кстати, был внесен в Госу-

См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1. М., 1908. С. 200-201.

дарственную Думу Правительством еще в марте 1995 г., пробел в законодательстве был заполнен нормативным Указом Президента Российской Федерации от 28 февраля 1996 г. «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования»'.

Указ определил перечень объектов недвижимости, которые не могут выступать в качестве предмета ипотеки. К их числу относятся, в частности, участки недр; особо охраняемые природные территории, иное имущество, изъятое из оборота; имущество, на которое в соответствии с федеральным законом не может быть обращено взыскание, многоквартирные и индивидуальные жилые дома и квартиры, находящиеся в государственной и муниципальной собственности; имущество, в отношении которого приватизация запрещена.

Указ включает в себя также ряд положений, детализирующих порядок регистрации договоров ипотеки. В соответствии с Указом (п. 12) договор об ипотеке считается заключенным и вступает в силу с момента его государственной регистрации, которая должна осуществляться по месту нахождения недвижимости, являющейся предметом залога, в пределах района (города). Отказ в государственной регистрации договора об ипотеке либо уклонение от регистрации могут быть обжалованы заинтересованными лицами в суд.

В остальном названный Указ воспроизводит отдельные положения, содержащиеся в проекте Федерального закона «Об ипотеке», внесенном Правительством на рассмотрение Государственной Думы. Причем воспроизводятся далеко не главные из этих положений, введение которых в действие позволило бы улучшить кардинальным образом правовое регулирование ипотечных отношений. К

примеру, проект закона включает в себя целый ряд правил, регламентирующих отношения сторон по договору ипотеки, удостоверенному закладной. При этом закладная признается именной бумагой, фиксирующей права ее владельца на залог имущества, указанного в договоре ипотеки, а также на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой. Права по закладной могут быть переданы другому лицу путем совершения на закладной соответствующей передаточной надписи. Кроме того, имеется в виду, что сама закладная (как ценная бумага) может быть заложена путем ее передачи другому лицу (залогодержателю закладной) в обеспечение обязательства по кредитному договору или иного обязательства, возникшего между этим лицом и залогодержателем, первоначально названным в закладной, либо ее иным законным владельцем (ипотечным залогодержателем). Ипотечным залогодержателем на закладной может быть сделана специальная залоговая передаточная надпись, дающая залогодержателю закладной право по истечении оп-

' См.: Собрание законодательства Российской^Федерации. 1996. Ма-10. Ст. 880.

ределенного срока продать закладную с тем, чтобы удержать из вырученных денег сумму обеспеченного ее залогом обязательства. Нетрудно представить, насколько расширил бы возможности ипотечного кредитования залог закладной, если бы соответствующие положения были бы предусмотрены названным Указом Президента российской Федерации.

Кстати сказать, в Республике Казахстан, так же как и в Российской Федерации, ипотечные отношения реализуются Указом Президента Республики Казахстан от 23 декабря 1995 г. «Об ипотеке недвижимого имущества»', который обеспечивает довольно полное регулирование договора ипотеки. В частности, Указом предусмотрено, что права залогодержателя по договору ипотеки могут быть удостоверены ипотечным свидетельством (аналог закладной, предусмотренной проектом российского закона), которое, в свою очередь, может выступать предметом залога.

В связи с изложенным мы не можем разделить позицию А.А. Рубанова, полагающего, что Указ Президента Российской Федерации от 28 февраля 1996 г. «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования» положил конец «чрезмерно затянувшейся паузе в законодательном процессе» и стал «основным источником гражданско-правовых норм, регулирующих договор ипотеки»2.

Залог товаров в обороте – залог товаров (товарных запасов, сырья, материалов, готовой продукции) с оставлением их у залогодателя, при котором залогодателю предоставляется право изменять состав и натуральную форму заложенного имущества при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре о залоге (ст. 357 ГК). Уменьшение общей стоимости заложенных товаров в обороте допускается по мере исполнения обеспеченного залогом обязательства соразмерно исполненной части обязательства, если иное не предусмотрено договором о залоге.

При залоге товаров в обороте залогодатель не связан при проведении обычных коммерческих операций: он вправе продавать товары и закупать другие товары, сырье, материалы и т.п. Интерес же залогодержателя заключается в том, чтобы общая стоимость имеющихся у залогодателя товаров соответствовала той, что предусмотрена договором о залоге. Товары в обороте, проданные или отчужденные иным способом залогодателем, с момента их перехода к приобретателю перестают быть предметом залога, и напротив, приобретенные залогодателем товары, указанные в договоре о залоге, с момента возникновения у него права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления) становятся предметом залога.

См.: Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 24. Ст. 165, См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий. С. 526.

На залогодателя возложена обязанность учета товаров в обороте, являющихся предметом залога, В этих целях он должен вести специальную книгу залогов. В эту книгу вносятся записи об условиях залога товаров и обо всех операциях, которые влекут изменение состава или натуральной формы заложенных товаров, включая их переработку, на день последней операции.

Что касается залогодержателя, то он вправе осуществлять контроль за выполнением залогодателем его обязанностей. Результатом такого контроля при выявлении со стороны залогодателя нарушений условий залога товаров в обороте (например, уменьшение общей стоимости таких товаров) залогодержатель имеет право путем наложения на заложенные товары своих знаков и печатей приостановить операции с ними до устранения нарушения.

Залог вещей в ломбарде – это залог принадлежащего гражданам движимого имущества, предназначенного для личного потребления, в обеспечение краткосрочных кредитов. Залогодержателем по таким договорам могут выступать лишь специализированные организации – ломбарды. Для занятия этим видом предпринимательской деятельности ломбарды должны иметь соответствующую лицензию. Заключение договора о залоге вещей в ломбарде удостоверяется выдачей ломбардом залогового билета. Закладываемые вещи во всех случаях должны быть переданы залогодержателю -ломбарду.

В ГК (ст. 358) предусмотрено несколько новых по сравнению с ранее действовавшим законодательством правил, направленных на обеспечение защиты прав слабой стороны в этих отношениях, а именно гражданина-залогодателя. К их числу относятся следующие положения.

Во-первых, это норма, обязывающая ломбард страховать в пользу залогодателя за свой счет принятые в залог вещи в полной сумме их оценки, устанавливаемой в соответствии с ценами на вещи такого рода и качества, обычно устанавливаемыми в торговле в момент их принятия в залог.

Во-вторых, это правила о повышенной ответственности ломбарда за несохранность переданного ему гражданином имущества: ломбард несет ответственность за утрату и повреждение заложенных вещей, если не докажет, что утрата или повреждение произошли вследствие непреодолимой силы.

В-третьих, это норма, согласно которой требования ломбарда к залогодателю (гражданину) прекращаются во всех случаях, когда им реализовано заложенное имущество. В случае невозвращения в установленный срок суммы кредита, обеспеченного залогом вещей в ломбарде, ломбард вправе на основании исполнительной надписи нотариуса по истечении льготного месячного срока продать это имущество в порядке, установлен

ном для реализации заложенного имущества. После этого требования ломбарда к залогодателю погашаются, даже в том случае, когда сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, недостаточна для их полного удовлетворения.

В-четвертых, это положение о том, что условия договора о залоге вещей в ломбарде, ограничивающие права залогодателя по сравнению с правами, предоставляемыми ему ГК и иными законами, признаются ничтожными.

4. УДЕРЖАНИЕ

Удержание, как уже отмечалось, является новым (по сравнению с ГК 1964 г.) способом обеспечения исполнения обязательств. Существо указанного способа заключается в том, что кредитору, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику или указанному им лицу, предоставлено право в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещение кредитору связанных с этой вещью издержек и других убытков удерживать ее у себя до тех пор, пока соответствующее обязательство должником не будет исполнено (ст. 359 ГК).

Особенность такого обеспечения исполнения обязательства, как удержание, состоит в том, что кредитор наделен правом удерживать вещь должника до исполнения последним его обязательства непосредственно, т.е. для реализации этого права кредитору не требуется, чтобы возможность удержания вещи должника была предусмотрена договором. Правда, нормы об удержании все же носят диспозитивный характер, поскольку сторонам предоставлено право предусмотреть в договоре условие, исключающее применение названного способа обеспечения исполнения обязательства^. 3 ст. 359).

В роли кредитора, располагающего правом удерживать вещь должника, может оказаться хранитель по договору хранения, ожидающий оплаты услуг, связанных с хранением вещи, перевозчик по договору перевозки, не выдающий груз получателю до полного расчета за выполненную перевозку, подрядчик, не передающий заказчику созданную им вещь до оплаты выполненной работы, и т.п.

В предпринимательских отношениях удержанием вещи должника могут обеспечиваться также его обязательства, не связанные с оплатой удерживаемой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков,

Кредитор не лишается права удерживать находящуюся у него вещь даже в тех случаях, когда после того, как эта вещь оказалась у кредитора, права на нее приобретены другим лицом (не должником).

Если, несмотря на принятые кредитором меры по удержанию вещи, должник тем не менее не исполнит свое обязательство, то кредитор вправе

обратить взыскание на удерживаемую им вещь (ст. 360). При этом стоимость вещи, объем и порядок обращения на нее взыскания по требованию кредитора определяются в соответствии с правилами, установленными для удовлетворения требований залогодержателя за счет заложенного имущества (ст. 349-350).

В некоторых случаях применительно к отдельным видам договорных обязательств ГК с учетом конкретных обстоятельств, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств, наделяет кредитора правом удерживать его имущество. Так, в соответствии со ст 712 по договору подряда при неисполнении заказчиком обязанности уплатить установленную цену либо иную сумму, причитающуюся подрядчику в связи с выполнением договора подряда, подрядчик имеет право на удержание в соответствии со ст. 359 и 360 Кодекса результата работ, а также принадлежащих заказчику оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи, остатка неиспользованного материала и другого оказавшегося у него имущества заказчика до уплаты заказчиком соответствующих сумм. По договору поручения поверенный, действующий в качестве коммерческого представителя, вправе в соответствии со ст. 359 Кодекса удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение требований по договору

поручения (п. 3 ст. 972). По договору комиссии комиссионер вправе удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче комитенту либо лицу, указанному комитентом, в обеспечение своих требований по договору комиссии. В случае объявления комитента несостоятельным (банкротом) указанное право комиссионера прекращается, а его требования к комитенту в пределах стоимости вещей, которые он удерживал, удовлетворяются в соответствии со ст. 360 Кодекса наравне с требованиями, обеспеченными залогом (п. 2 ст.996).

Однако наличие в ГК специальных норм, наделяющих кредиторов по отдельным видам обязательств правом удержания имущества должника, вовсе не означает, что по другим видам договорных обязательств кредиторы таким правом не пользуются. Напротив, правом удержания обладает всякий кредитор по любому договорному обязательству, за исключением только тех случаев, когда договором предусмотрено иное (п. 3 ст. 359).

В ряде случаев Кодекс (опять применительно к отдельным видам договорных обязательств) наделяет кредитора не правом удержания, а правом продажи находящегося у него имущества должника. К примеру, если иное не предусмотрено договором подряда, при уклонении заказчика от принятия выполненной работы подрядчик вправе по истечении месяца со дня, когда согласно договору результат работы должен был быть передан заказчику, и при условии последующего двукратного предупреждения заказчи

ка, продать результат работы, а вырученную сумму, за вычетом всех причитающихся подрядчику платежей, внести на имя заказчика в депозит в порядке, предусмотренном ст. 327 ГК (п. 6 ст. 720). По договору хранения при неисполнении поклажедателем своей обязанности взять обратно вещь, переданную на хранение, в том числе при его уклонении от получения вещи, хранитель вправе, если иное не предусмотрено договором, после письменного предупреждения поклажедателя самостоятельно продать вещь по цене, сложившейся в месте хранения, а если стоимость вещи по оценке превышает сто установленных законом минимальных размеров оплаты труда, продать ее с аукциона в порядке, предусмотренном ст. 447-449 Кодекса (п. 2 ст. 899). По договору комиссии в случае отмены поручения комитент обязан в срок, установленный договором, а если такой срок не установлен, незамедлительно распорядиться своим находящимся в ведении комиссионера имуществом. Если комитент не выполнит этой обязанности, комиссионер вправе сдать имущество на хранение за счет комитента либо продать его по возможно более выгодной для комитента цене (п.3 ст.1003).

Как соотносятся право удержания и право продажи имущества должника? Не является ли право продажи, наряду с правом удержания, самостоятельным способом обеспечения исполнения соответствующих обязательств?

На наш взгляд, при ответе на данные вопросы необходимо учитывать, что правом продажи наделены кредиторы, обладающие в силу ст. 358 ГК правом удержания имущества должника. Поэтому при отсутствии специальных норм о праве продажи кредитор как субъект права удержания должен был бы удовлетворять свои требования в порядке, предусмотренном для удовлетворения требований, обеспеченных залогом. Иными словами, кредитор в соответствии со ст. 349-350 ГК должен был бы обратиться в суд с иском об обращении взыскания на удерживаемое им имущество должника, которое по решению суда подлежало бы продаже с открытых торгов. При наличии же права продажи кредитор уполномочен на односторонние действия, связанные с изменением или прекращением договорного обязательства. Следовательно, право продажи имущества должника по своей правовой

природе – это мера оперативного воздействия, В плане же соотношения с правом удержания право продажи, которым наделяются кредиторы по отдельным видам договорных обязательств, представляет собой специальное правило, исключающее действие общего правила о порядке удовлетворения требований кредитора за счет удерживаемого имущества должника, предусмотренного ст. 360 ГК.

Возрождение права удержания в качестве самостоятельного способа обеспечения исполнения обязательств вызвало неоднозначную оценку в

юридической литературе, а иногда и недопонимание сущности этого института и его места в системе обязательственно-правовых отношений. Например, по мнению А.А. Рубанова, суть этого института сводится к санкционированию незаконного владения: «По существу, п. 1 ст. 359 ГК юридически санкционирует незаконное владение вещью. Кредитор, во владении которого находится вещь, обязан ее передать другому лицу. Поскольку он не совершает передачи, он нарушает свою обязанность и его владение становится незаконным. Однако ГК предоставляет ему право не передавать вещь. Конечно же, это делается в определенных целях и на определенных условиях. Но, тем не менее, это – санкционирование владения, которое является незаконным»'.

Остается неясным, как можно признавать незаконным владение вещью, если право кредитора ее удерживать прямо предусмотрено Кодексом. И как можно квалифицировать в качестве правонарушения действия кредитора по. удержанию имущества должника, если они не только не противоречат закону, а напротив, полностью ему соответствуют?

Отрадно отметить, что в последнее время в юридической литературе появились труды нового поколения цивилистов, отличающиеся глубиной исследования такого способа обеспечения обязательств, как право удержания имущества должника. Необходимо бы обратить внимание на опубликованные работы С.В. Сарбаша, выпускника Российской школы частного права при Президенте Российской Федерации, посвятившего праву удержания свой дипломный проект на соискание степени магистра частного

права2.

С.В. Сарбаш убедительно показал, что право удержания по современному российскому гражданскому праву не является результатом заимствования аналогичных институтов зарубежного законодательства, а напротив, представляет собой национальный институт, длительное время формировавшийся в отечественной правовой доктрине. Основными же источниками этого гражданско-правового института явились римское право, дореволюционное российское обычное право, гражданское законодательство Российской Империи (в особенности таких ее частей, как Финляндия и Прибалтийские губернии), теоретические труды российских цивилистов, и прежде всего М.М. Каткова3. Конечно же, при подготовке соответствующих норм о праве удержания в процессе работы над проектом Гражданского Уложения Российской Империи российские цивилисты учитывали и соот^

* См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий. С. 565.

2 См., например: Сарбаш С.В. Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств//М.: Юрист, 1995. № 5/6. " ' ! ' 1 Катков ММ Понятие права удержания в римском праве. Киев, 1910.

ветствующие законоположения зарубежного законодательства (швейцарского, германского, итальянского и др.).

В проекте Гражданского Уложения (ГУ) нормы, регламентирующие право удержания, были сосредоточены в подразделе VII Отделения 1 Главы III «Исполнение обязательств» (ст. 1642-1645). Как и по действующему ныне ГК, в проекте ГУ наряду с общегражданским правом удержания выделялось право удержания, возникшее из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели («право удержания между торговцами»), Различие между ними заключалось в круге требований, обеспечиваемых правом удержания.

В первом случае лицо, обязанное передать определенное движимое имущество, было вправе удержать его у себя в виде обеспечения до тех пор, пока ему не будут возмещены произведенные им издержки на имущество либо причиненные имуществом убытки или же не будет предоставлено соответствующее обеспечение (ст. 1642).

Во втором случае («право удержания между торговцами») действие права удержания распространялось на товары, процентные и иные ценные бумаги в обеспечение всякого рода требований, срок которым наступил, хотя бы они не имели отношения к удерживаемому имуществу (ст. 1643).

Объясняя значение права удержания как способа обеспечения исполнения обязательств (реализации требований верителя), российские цивилисты – составители проекта ГУ считали необходимым дать ответ на три существенных вопроса: 1) какие требования пользуются этого рода обеспечением; 2) какие предметы служат обеспечением; 3) в каком порядке осуществляется это обеспечение'.

При ответе на первый вопрос подчеркивалось, что, во-первых, правом удержания обеспечиваются известные требования в силу закона (а не по соглашению сторон). Для этого налицо должно быть особое основание, каковым в области обязательственных отношений является непредвиденное возникновение требования, заслуживающего обеспечения. Право удержания, во-вторых, имеет действие не только в отношении стороны, имеющей право требовать возврата удерживаемого имущества, но и в отношении ее кредиторов, т.е. третьих лиц, и потому оно может быть предоставлено а обеспечение только тех требований, которые по справедливости должны пользоваться старшинством перед другими требованиями. Отмечалось, что названным двум условиям полностью удовлетворяют лишь требования о возмещении издержек и убытков, причиненных удерживаемым имуществом (здесь речь не шла о праве удержания между торговцами): «Кто получает имущество в ссуду, или принимает его от третьего лица, как поверен-

См.: Гражданское Уложение. Проект. Т. 2 / Под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С, 235.

ный, или как законный представитель хозяина, тот не только не в состоянии предвидеть всех тех случайностей в будущем, ввиду которых он может быть поставлен в необходимость произвести издержки на имущество, или понести убытки в своем собственном имуществе, но в большинстве случаев не имеет даже возможности озаботиться договорным обеспечением могущего возникнуть в его пользу требования»'.

Ответ на второй вопрос заключался в том, что в качестве предмета права удержания может выступать только движгшое определенное имущество, подлежащее возврату в силу того же основания, по которому оно поступило во владение лица, обязанного возвратить имущество. При возврате имущества заменимого может возникнуть вопрос о зачете встречного требования, но не об

удержании. Равным образом, если дело идет не о возврате чужого, а об обязательной выдаче другому своего имущества, то отказ в выдаче может основываться на неисполнении договора лицом, требующим выдачи, но не праве удержания.

Что же касается ответа на третий вопрос (о порядке осуществления права удержания), то составителями проекта ГУ подчеркивалось, что право удержания может быть все осуществлено лишь в отрицательной форме; путем неисполнения обязательства, состоящего в передаче удерживаемого имущества. Право удержания не включает в себя ни непризнание обязательства, ни притязания на погашение обязательства. Не может быть речи о каком-либо положительном действии со стороны обязанного лица по осуществлению права удержания. Любопытно суждение российских цивилистов о том, что «удерживающий имущество не вправе продать имущество с целью выручить следующее ему, а лишь вправе не возвращать, пока не получит удовлетворения от противной стороны. После возвращения имущества он не вправе взять его обратно, хотя бы имел к тому полную возможность, ни даже требовать судебным порядком обратной передачи его себе для осуществления права удержа" ния»2.

И только в том случае, когда иные кредиторы собственника удерживаемого имущества обращали на указанное имущество взыскание, удерживающий чужое имущество в порядке осуществления права удержания получал право преимущественного удовлетворения своих требований за счет указанного имущества (ст. 1645 проекта ГУ).

Представляется чрезвычайно интересным попытаться ответить на вопросы, поставленные дореволюционными российскими цивилистами, с позиции действующего гражданского законодательства.

' См.: Гражданское Уложение. Прое*ст. Т, 2. С. 235. 2 Там же. С. 236.

Итак, вопрос первый: какие требования могут пользоваться обеспечением в виде права удержания чужого имущества? Как и в прежние времена, по общему правилу удержанием вещи, подлежащей передаче должнику либо лицу, им указанному, могут быть обеспечены требования кредитора по оплате этой вещи или возмещению связанных с нею издержек и других убытков. Обеспечение указанных требований удержанием вещи, помимо прочего, должно стимулировать кредитора к принятию мер к ее сохранности.

Если же речь идет о кредиторе и должнике, действующих в качестве предпринимателей, правом удержания вещи должника могут быть обеспечены и другие требования, возникшие из предпринимательского обязатель--ства, в том числе и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков (п. 1 ст. 359). И здесь уместна аналогия с соответствующими положениями проекта ГУ, ограничивающими круг обеспечиваемых требований теми. которые возникли между торговцами из их «деловых сношений».

Ответ на второй вопрос (о предмете права удержания) не представляется столь очевидным, как это было ранее, когда проект ГУ прямо предусматривал, что удержанию подлежало лишь «особливо определенное движимое имущество» (ст. 1642). Действующий ГК говорит о возможности удержания вещи (п. 1 ст. 359). Это означает, что предметом удержания ни при каких условиях не могут быть признаны имущественные права. Понятие «вещь» же, как известно, включает в себя как движимые, так и недвижимые вещи. В связи с этим возникает вопрос, может ли служить предметом удержания недвижимость? Если ограничить анализ только нормами, регламентирующими непосредственно

право удержания (ст. 359 и 360 ГК), то мы не найдем там препятствий для удержания недвижимого имущества.

Вместе с тем осуществление кредитором права удержания с последующим обращением взыскания на удерживаемое имущество представляет собой гражданско-правовую сделку. Сделки с землей и другим недвижимым имуществом подлежат обязательной государственной регистрации (ст. 164 ГК), что противоречит существу правоотношений, возникающих при осуществлении кредитором права удержания имущества. Да и ст. 131. ГК, а также другие законы не включают право удержания в перечень обременении недвижимого имущества, подлежащих государственной регистра", ции. На наш взгляд, изложенные обстоятельства не позволяют включать в круг вещей, которые могут служить предметом удержания, недвижимое имущество.

Что касается движимых вещей, включая деньги и ценные бумаги, то из круга предметов права удержания следовало бы исключить деньги, которые, как известно, относятся к заменимым вещам. «Удержание» кредитором денег, подлежащих передаче должнику, т.е. неуплата последнему, мо-

жет иметь место в качестве действий субъекта встречного исполнения обязательства в ответ на непредставление контрагентом обусловленного этим обязательством исполнения по синаллагматическому договору (ст. 328 ГК), однако подобные действия кредитора не являются осуществлением права удержания в смысле ст. 359 ГК. Если же речь идет о безналичных денежных средствах, то они, как имущественные права требования по договору банковского счета, ни при каких условиях не могут служить предметом права удержания.

Видимо, из круга предметов права удержания необходимо также исключить вещи, определяемые родовыми признаками. В силу их заменимости, на наш взгляд, такие вещи не могут быть определяемы как «вещь, подлежащая передаче должнику», как того требует п. 1 ст. 359 ГК, Хотя при надлежащей индивидуализации такого имущества (например, 50 тонн бензина в определенной цистерне №...) оно может служить предметом удержания со стороны кредитора.

В итоге анализа действующего законодательства мы приходим к тому же выводу, что и дореволюционные российские цивилисты: предметом права удержания может быть определенное движимое имущество за исключением денег.

Ответ на третий вопрос (о порядке осуществления права удержания) в условиях современного законодательства будет отличаться значительным своеобразием. В отличие от концепции права удержания, заложенной в основу проекта ГУ, в соответствии с которой права требования кредитора обеспечивались собственно удержанием имущества должника без какой-либо возможности получить удовлетворение за счет этого имущества (скажем, путем его продажи), действующий ГК, напротив, наделяет кредитора правом удовлетворить свои требования путем обращения взыскания на удерживаемое имущество в порядке, предусмотренном для залоговых отношений.

Вместе с тем право удержания не перерастает в право залога, которое возникает (в отличие от истинного залога) из факта нахождения у кредитом ра имущества должника, как полагают некоторые авторы'. Законодатель, формулируя норму, содержащуюся в ст. 360 ГК, использовал известный юридико-технический прием: вместо определения особого порядка обращения взыскания на предмет удержания он заимствовал известный и зарекомендовавший себя на практике порядок обращения взыскания на заложенное имущество, однако это нисколько не изменяет природу регулируемых правоотношений.

' См., например: Павлодский Е.А. Залог и ипотека// Хозяйство и право. 1997. № 2. С. 82.

По своей правовой природе право удержания значительно отличается от права залога. Во-первых, основанием возникновения права залога является, как правило, договор и, как исключение, прямое указание в законе. Основанием же возникновения права удержания признается нахождение у кредитора имущества должника. Во-вторых, удержание не обладает таким неотъемлемым признаком залога, как право следования, напротив, выбытие имущества из фактического владения кредитора прекращает право удержания, поэтому субъект права удержания, в отличие от залогодержателя при закладе, не наделен правом истребовать предмет удержания у третьих лиц. В-третьих, существенными условиями договора залога являются предмет залога и его оценка, в то время как удержание имущества представляет собой одностороннюю сделку, а предмет удержания не индивидуализируется.

Распространение порядка обращения взыскания на предмет залога на удовлетворение требований кредитора, удерживающего имущество, помимо всего прочего, означает, что в случае несостоятельности (банкротства) должника имущество, составляющее предмет удержания, подлежит включению в конкурсную массу, а кредитор взамен получает право удовлетворить свои требования за счет всего имущества должника в третью привилегированную очередь.

5. ПОРУЧИТЕЛЬСТВО

Поручительство – традиционный, ведущий свое начало с римского права способ обеспечения исполнения обязательства. Суть этого способа обеспечения исполнения обязательства остается неизменной: третье лицо (поручитель) берет на себя обязательство перед кредитором нести ответственность за должника в случае неисполнения последним его обязательства перед кредитором. На всех этапах развития гражданского права поручительство имело весьма широкое распространение оно позволяло обеспечить обязательства любых должников, в том числе и не располагавших собственным имуществом, которое могло бы служить обеспечением долга. Поэтому указанный способ обеспечения исполнения обязательства в немалой степени способствовал развитию имущественного оборота.

В римском праве поручительство (adpromissio) существовало в форме, стипуляции, которая, в свою очередь, являлась одним из важнейших видов вербальных контрактов. Как известно, стипуляцией назывался устный договор, заключенный посредством вопроса будущего кредитора и совпадающего с этим вопросом ответа со стороны лица, соглашающегося быть Должником по обязательству'. Обязательственное отношение, устанавли-

См.; Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1996. С. 367.

вавшееся путем стипуляции, имело односторонний характер: на стороне кредитора возникало право требования, на стороне должника ~ обязанность.

В классическом римском праве сохранялись некоторые черты стипуляции как вербального контракта; присутствие договаривающихся сторон в одном месте, устный вопрос кредитора и такой же устный ответ должника, совпадающий по смыслу с вопросом, и некоторые др. В позднейшую императорскую эпоху строго формальный характер стипуляции несколько сгладился: все стипуляции, совершенные в любых выражениях и не противозаконные по содержанию (legibus cognitae), имели обязательную

силу. Для обеспечения доказательства факта совершения стипуляции вошло в обычай составлять письменный акт, удостоверяющий это обстоятельство (cantio), а значение стипуляционной формулы (вопрос и ответ) отошло на второй

план'.

По римскому праву поручительство (adpromissio) представляло собой договор, по которому третье лицо в целях обеспечения кредитора принимало на себя ответственность по обязательству должника (главного должника). Обязательство поручителя являлось акцессорным, добавочным к обязательству главного должника, и в этом качестве существовало лишь постольку, поскольку существует главное обязательство, обеспечиваемое поручительством, и в размере, не превышающем размера главного обязательства2.

Современные правовые системы восприняли конструкцию поручительства, существовавшую в римском праве. Практически все гражданские кодексы стран континентальной Европы включают в себя специальные нормы, относящиеся к договору поручительства (например, во Французском гражданском кодексе ~ статьи 2011-2043; в Германском гражданской уложении – параграфы 765-778). В англо-американском праве нормы о поручительстве выработаны судебной практикой3.

Российское дореволюционное гражданское законодательство не со*-' держало общего определения понятия «поручительство», В гражданско-правовой доктрине под поручительством понималось «присоединенное к главному обязательству дополнительное условие об исполнении его третьим лицом, поручителем, в случае неисправности должника»4. Анненков подчеркивал, что поручительство – это прежде всего «принятие на себя

1 См.: Римское частное право: Учебник. С. .374.

2 См. там же. С. 377.

3 См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник, 2-е изд., перераб. и доп. М., 1992. С. 306.

4 Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права, С. 295.

чужого долга придаточным образом, т.е. так, что должник остается обязанным»'.

Не давая общего определения поручительства, российское законодательство той поры устанавливало различные виды поручительства. В зависимости от объема обязательств поручителя различались полное к частичное поручительство, когда поручительство принято только в части долга. При этом законодатель исходил из презумпции полного поручительства, а частичное поручительство признавалось лишь в том случае, если указание на то содержалось в договоре (Свод законов, т. X, ч.1, ст. 1556). В зависимости от наличия (либо отсутствия) срока действия поручительства в законодательстве выделялись простое и срочное поручительство, т.е. поручительство могло быть дано или вообще в платеже суммы (простое поручительство), или в платеже суммы на определенный срок (срочное поручительство). При отсутствии каких-либо указаний в договоре на этот счет преимущество отдавалось простому поручительству (Свод законов, т. X, ч. 1, ст. 1539 и 1557). Главное же различие между простым и срочным поручительством заключалось в том, что, как отмечал Шершеневич, при срочном поручительстве «поручитель обязывается исполнить тотчас по обнаружении неисправности должника, тогда как по второму поручитель обязывается исполнить только тогда, когда все имущество должника, по объявлении его несостоятельности, подвергнется

распределению между кредиторами, и в результате обнаружится, что веритель не получил удовлетворения»2.

Кстати сказать. Редакционная комиссия по составлению проекта Гражданского Уложения, рассматривая относящееся к простому поручительству положение о том, что ответственность поручителя перед верителем наступает лишь по ликвидации всех дел признанного несостоятельным должника и только в недополученной сумме (Свод законов т. X, ч. 1, ст. 1558), пришла к выводу, что российское законодательство в данном случае излишне снисходительно к поручителю, что сопряжено на практике с большими неудобствами. Это правило ставило осуществление права верителя на взыскание с поручителя в зависимость не только от учреждения над имуществом должника конкурса, но и от окончания производства о его несостоятельности. Между тем дела о несостоятельности по самому их существу производятся крайне медленно. Поэтому данное правило, по мнению комиссии, в значительной степени умаляло значение поручительства как средства обеспечения договоров3.

Если поручительство давалось на срок, веритель мог обратиться к поручителю тотчас по обнаружении неисправности должника, однако не поз-

Анненков К. Система русского гражданского права. Т. III. С. 215.

Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 296,

См.: Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 1184.

же месяца со времени срока наступления обязательства. Причем и в этом случае веритель не мог предъявить требования непосредственно к поручителю, минуя должника, поскольку неисправность последнего должна быть предварительно обнаружена (Свод законов, т. X, ч. 1, ст. 1560).

В соответствии с действовавшим тогда законодательством установление поручительства предполагало существование другого, главного обязательства. Поручительство могло быть установлено или одновременно с возникновением главного обязательства, или после этого момента. Поручительство должно было быть выражено в письменной форме (Свод законов, т.X,ч. 1,ст. 1562).

Поручитель, уплативший верителю за должника, сам становился на место верителя и мог потребовать от должника не только возвратить соответствующую сумму, но и уплаты процентов с этой суммы (Свод законов, т.X,ч. 1,ст. 1558).

Чрезвычайно интересно рассмотреть положения о поручительстве, содержащиеся в проекте Гражданского Уложения, и соответствующий комментарий к ним Редакционной комиссии. Эти положения разрабатывались на основе глубокого анализа римского права, аналогичных институтов, имевшихся в современном разработчикам проекта зарубежном законодательстве, практики применения действовавшего российского законодательства. Комментарий со стороны комиссии тех или иных положений, включаемых в проект ГУ, представляет определенный интерес и с точки зрения толкования действующих сегодня положений ГК о поручительстве. Любопытно уже то, что в проекте ГУ нормам о поручительстве не нашлось места среди общих положений об обязательствах и договорах, как это было сделано в отношении, например, задатка и неустойки. Все положения о поручительстве сосредоточены в разделе II проекта, где помещены нормы, регламентирующие отдельные виды договорных обязательств, в главе XXIV (ст. 2548-2574). Видимо, авторы проекта хотели этим лишний раз подчеркнуть исключительно договорный характер поручительства.

Проект (ст. 2448) включал в себя следующее общее определение договора поручительства: «По

договору поручительства поручитель обязуется перед другим лицом исполнить обязательство его должника, если последний сам этого обязательства не исполнит». Российские цивилисты, комментируя указанное определение, полагали необходимым в первую очередь отметить, что они видят в поручительстве именно договорное отношение и его придаточное значение. По мнению членов комиссии, в качестве средства обеспечения обязательств поручительство сопоставимо с залогом. Разница же состоит в том, что по залогу для удовлетворения требований верителя при неисправности должника предназначается имущество, а при поручительстве верителю дается новый должник поручитель, на которого на

правляется взыскание. Отсюда ясно, что поручительство предполагало существование главного обязательства, им обеспечиваемого, и находилось от него в зависимости, как отношение придаточное.

Однако внимание современного исследователя прежде всего приковывает другое обстоятельство. Суть обязанности поручителя перед кредитором заключается не только в том, что он должен нести ответственность за должника, не исполнившего обязательство. В интерпретации проекта ГУ поручитель брал на себя обязанность исполнить обязательство должника, если последний сам этого обязательства не исполнит. Кстати, и в комментарии к этому положению подчеркивается, что содержание ответственности поручителя состоит в том, что «он, в качестве придаточного должника, обязуется исполнить обязательство главного должника. Если понятию исполнения придать широкий смысл и понимать под ним не только реальное исполнение, но и удовлетворение верителя за убытки, то, кажется, предлагаемая характеристика ни с точки зрения законодательства, ни с точки зрения доктрины не вызовет недоразумений. Дело в том, что поручительство рассчитано на обеспечение всякого рода обязательств.,, а если так, то само собою понятно, что ответственность поручителя по такого рода обязательствам, на основании которых только должник в состоянии доставить реальное исполнение... не может быть сведена ни к чему иному, как к вознаграждению за убытки. На этом основании ответственность поручителя может выразиться как в обязанности исполнить именно то, к чему обязался должник, так и в обязанности вознаградить за убытки, возникшие вследствие неисполнения должником обязательства»'.

На наш взгляд, изложенная аргументация позиции, в соответствии с которой поручитель обязуется перед кредитором исполнить обязательство за должника, если последний сам этого обязательства не исполнил, представляется приемлемой лишь в отношении денежного обязательства. Однако, как известно, поручительством могут обеспечиваться самые различные виды обязательств, что подчеркивалось и самими авторами проекта ГУ. И далеко не во всех случаях при наличии оснований для ответственности поручителя (скажем, в случае просрочки должника) можно констатировать, что исключительно должник в состоянии предоставить кредитору реальное исполнение. Остается неясным, как разработчики проекта ГУ представляли действие названной нормы, когда существо обязательства, нарушенного должником, позволяло бы возложить его реальное исполнение на поручителя. Вправе ли был бы кредитор обратиться к поручителю с требованием о реальном исполнении обязательства, не исполненного должником? Наверное, острота проблемы не была бы столь заметной, если бы правило о возложении на поручителя обязанности исполнить за должника его обязатель-

Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 1177.

ство перед кредитором носило диапозитивный характер, однако оно сфор^ мулировано в виде императивной нормы. Как бы там ни было, но поручи--тель по проекту ГУ предстает по существу в

роли субсидиарного должника по основному обязательству.

В отличие от рассмотренного положения (прямо скажем, не самого удачного в главе о поручительстве), следующее положение проекта представляется заслуживающим самого пристального внимания: «Всякого рода обязательства, хотя бы условные и будущие, могут быть обеспечиваемы поручительством» (ст. 2549). Из этой нормы усматривается намерение разработчиков проекта ГУ обеспечить широкое применение поручительства в качестве способа обеспечения обязательств. Об этом свидетельствует фраза: «Всякого рода обязательства...». Специально подчеркивалось, что ею ©хватываются и случаи, когда поручительством обеспечивается, к примеру, исправность иного (первоначального) поручителя (т.н. поручительство за поручителя). Предусматривая обеспечение поручительством условных и будущих обязательств, разработчики проекта отступали от действовавшего в тот период законодательства, ограничивавшего круг обязательств, которые допускалось обеспечивать поручительством, лишь обязательствами, возникшими одновременно с заключением договора поручительства либо до этого момента.

В проекте ГУ сохранялось разделение поручительства на полное и частичное. Об этом свидетельствует ст. 2551, в соответствии с которой «поручительство может быть дано в части главного обязательства; если не сказано, что поручительство принимается в части и в какой именно, то поручитель несет полную ответственность». Основанием для включения этого положения в проект служили представления о поручительстве, являющемся по своей правовой природе придаточным (акцессорным) обязательством, в силу чего предполагалась тождественность ответственности поручителя и главного должника. Это основное начало могло быть изменено по соглашению сторон лишь в том отношении, что поручитель принимает на себя ответственность лишь в части главного обязательства. С практической Точки зрения такая возможность умаления ответственности поручителя обосновывалась тем, что веритель может сомневаться лишь отчасти в состоятельности должника и, следовательно, только в этих размерах нуждаться в гарантии, представляемой поручительством. Кроме того, в реальном имущественном обороте легче найти несколько поручителей (каждого в части), нежели одного в целом обязательстве.

Но, как подчеркивалось разработчиками проекта, ни в каких случаях поручитель не может обязываться более того, в чем заключается главное обязательство, ибо, по общему правилу, придаточное обязательство не может превышать главного, поэтому названная статья проекта включала в

себя и второе правило, согласно которому «если кто-либо принял на себя перед верителем ответственность за должника в большей мере, чем сам должник, то такое поручительство недействительно, насколько оно превышает главное обязательство».

В проекте ГУ различаются и два других вида поручительства: простое и срочное (ст. 2552). При этом предусматривалось правило о презумпции простого поручительства, если договором не определялось, что поручительство дано на срок. Именно простое поручительство признавалось нормальным типом поручительства, срочное поручительство считалось квалифицированным (по отношению к простому) обязательством. И дело здесь не только (и не столько) в наличии в таком обязательстве условия о сроке, на который предоставлялось поручительство. Критерием для разграничения этих видов поручительства признавался ответ на вопрос, «когда наступает ответственность поручителя, немедленно по обнаружении неисправности главного должника или же после испробования со стороны верителя всех возможных мер к получению удовлетворения от

должника...»'.

При срочном поручительстве веритель, не получивший немедленно по наступлении срока обязательства удовлетворения от должника, мог потребовать исполнения обязательства непосредственно от поручителя; равным образом веритель мог обратиться с иском одновременно и к должнику, и к срочному поручителю (ст. 2559 проекта). В современных условиях мы бы сказали, что основным признаком срочного поручительства является солидарная ответственность (солидарное обязательство) срочного поручителя.

Ответственность же простого поручителя наступала лишь в случае объявления должника несостоятельным или безуспешности обращенного верителем на имущество должника взыскания. Исключение было сделано лишь для торговых договоров, когда поручитель (тоже торговец) отвечал со времени просрочки исполнения должником главного обязательства (ст. 2557), Иными словами, по общему правилу простой поручитель нес субсидиарную ответственность по обеспеченному им обязательству.

Что же касается исключения, предусмотренного для торгового оборота, когда и простой поручитель отвечал солидарно с должником, то оно объяснялось интересами торгового оборота, в соответствии с которыми «для ответственности поручителя нет надобности обращаться предварительно к должнику по главному обязательству и выжидать открытия его несостоятельности или обнаружения безуспешности обращенного взыскания...»2,

Заслуживают внимания содержащиеся в проекте ГУ нормы, ограничивающие срок предъявления кредитором требований к поручителю. Так,

Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 1181, 2 Там же, С. 1184.

простой поручитель не подлежал ответственности, если веритель в течение шести месяцев со дня наступления срока обязательства не предъявлял иска к должнику (ст. 2558). Ответственность срочного поручителя прекращалась, если в течение этого же срока веритель не предъявил ему (срочному поручителю) свои требования (ст. 2560). Целью этих норм объявлялось, с одной стороны, побудить верителя не медлить со взысканием, а с другой стороны, дать поручителю реальную возможность заменить собою верителя в отношениях с должником.

И все же представляется, что в данном случае разработчики проекта были озабочены защитой интересов поручителя, определяемых исходя из чисто «житейских» представлений, что не может быть поставлено им в упрек. Об этом свидетельствует следующий комментарий названных норм:

«Неисполнение главным должником обязательства в срок само по себе рождает для поручителя значительную вероятность понести невознаградимые убытки при исполнении обязательства за должника. Если же веритель медлит со взысканием, откладывает его на неопределенное время, то указанная опасность становится еще более вероятною, ибо в течение этого времени дела должника, пока еще находящиеся в удовлетворительном состоянии, могут прийти в окончательное расстройство, так что в конце концов единственным ответчиком по главному обязательству останется поручитель -такое лицо, которое, может быть, безвозмездно, дружбы ради, способствовало оказанию должнику кредита и при таких, может быть обстоятельствах, когда должник путем иных обеспечении кредита получить не мог»1.

Заботой об интересах поручителя, видимо, было продиктовано и включение в проект ГУ

диспозитивной нормы, ограничивающей его ответственность в части взыскания процентов по денежным обязательствам должника: если по обязательству, обеспеченному поручительством, были установлены проценты, то поручитель отвечал перед верителем за уплату процентов только за текущий и прошедший годы (ст. 2555). Указанное положение обосновывалось тем, что «для поручителя обременительно ответствовать за уплату всех вообще просроченных процентов, – тем более, что веритель имел возможность своевременно взыскать проценты с должника, а если этого не сделал, то и должен сам нести ответственность за свое нерадение. Поэтому проект ограничивает ответственность поручителя уплатою лишь текущих процентов и просроченных за последний год»2.

Проектом ГУ регламентировались и отношения, складывающиеся между кредитором и несколькими поручителями по обязательству должника. В соответствии со ст. 2561 проекта когда в исполнении одного и того же обязательства поручилось несколько лиц, хотя «е одновременно и не со-

' Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 1185. 2. Там же. С. 1183.

вместно (сопоручители), то они отвечают перед верителем, как совокупные (т.е. солидарные) должники, если в договоре не постановлено иначе. Интересны соображения разработчиков проекта, по которым они отдали предпочтение солидарной ответственности сопоручителей перед долевой. По мнению членов комиссии, солидарная (совокупная) ответственность сопоручителей более соответствует сущности поручительства, нежели долевая. По самому свойству поручительства поручитель считается обязавшимся во всем том, что составляет предмет обязательства главного должника. Этим общим правилом должна определяться также ответственность сопоручителей; в этом смысле ни число поручителей, ни совместимость их действий не могут играть никакой роли. Установлением совокупной (солидарной) ответственности сопоручителей достигается большее обеспечение верителя. Напротив, разделение долга между несколькими сопоручителями ведет, кроме сложности самого производства, к излишним затруднениям и неудобствам вследствие необходимости взыскивать отдельно с каждого со-поручителя причитающуюся на его долю часть долга',

Особым образом защищались права поручителя, исполнившего обязательство за должника. Причем защита обеспечивалась поручителю как от неисправного должника, так и от определенных действий кредитора, ухудшающих положение поручителя. В отношении должника поручитель, исполнивший главное обязательство, приобретал право на обратное требование с должника, размер которого не ограничивался суммой, уплаченной верителю. Право обратного требования включало в себя: сумму долга по главному обязательству; проценты на нее; судебные издержки; узаконенные проценты на уплаченную поручителем сумму со дня уплаты и на все им израсходованное; понесенные поручителем убытки (ст. 2655 проекта).

Что касается защиты поручителя от определенных действий кредитора (верителя), то необходимо обратить внимание на одну из норм проекта, в соответствии с которой если по требованию, по коему дано поручительство, установлен залог или иное обеспечение, то веритель без согласия поручителя не имел права отказаться от такого обеспечения. В противном случае веритель отвечал перед поручителем за понесенные последним убытки (ст. 2567). Включение в проект ГУ данной нормы объяснялось тем, что поручитель, исполнивший обязательство за должника, вступал во все его права, вытекающие из данного обязательства, в том числе и в отношении третьих лиц, обеспечивавших требования верителя (к примеру, залогодателей).

В комментарии к указанной статье подчеркивалось, что на стороне верителя по договору поручительства имеются не только права, но и обязанности. Так, веритель обязан: при получении

удовлетворения от поручителя передать последнему все имеющиеся у него документы, которые удостове-

См.: Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С, 1187.

ряют и обеспечивают требование; в случае обеспечения требования закладом веритель обязан передать поручителю заложенную вещь (ст. 2566);

сохранить в целости залоги и иные обеспечения главного обязательства под угрозой ответственности за убытки (причем здесь речь идет в том числе и об обеспечениях, установленных после заключения договора поручительства).

Очевидно, что нарушение кредитором (верителем) своих обязанностей

могло повлечь последствия двух видов: 1) прекращение поручительства либо 2) возмещение убытков при сохранении поручительства. На наш взгляд (возможно, определяемый современным законодательством), более логичным было бы считать в подобной ситуации поручительство прекращенным. Однако разработчики проекта ГУ, обсуждавшие данную проблему, остановили свой выбор на последствиях в виде возмещения верителем причиненных убытков. Высказанные членами комиссии аргументы в пользу выбора не представляются убедительными: «Иногда отказ верителя от обеспечения или вообще уничтожение оного по вине верителя могут не повлиять на интересы поручителя или повлиять незначительным лишь образом, так что правило о прекращении поручительства в данном случае было бы слишком формальным и несправедливым в отношении верителя. Наоборот, принятое проектом правило вполне соответствует взаимным интересам поручителя и верителя. Веритель отвечает перед поручителем настолько, насколько в действительности имел место убыток; поручитель же не должен рассчитывать на что-нибудь сверх этого»'.

Из остальных детальных правил, регламентирующих договор поручительства, остановим свое внимание на одной из норм о прекращении поручительства, в известной степени перекликающейся с действующим законодательством.

Наряду с прекращением главного обязательства, которое являлось

безусловным основанием прекращения поручительства, поручитель освобождался от ответственности и в том случае, когда имели место изменение главного обязательства, отсрочка в его исполнении либо замена его новым обязательством без согласия поручителя (ст. 2571). Прекращение поручительства в данном случае объяснялось тем, что поручитель должен быть освобожден от ответственности, ибо то обязательство, по которому он поручался, перестало существовать, а по отношению к новому он не принял

на себя никаких обязательств2.

В советский период (в особенности в последние его десятилетия) развития российского гражданского права поручительство как способ обеспечения исполнения обязательств утратило свое значение, на что неодно-

' Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 1191. 2 См. там же. С. 1194,

кратно обращалось внимание в юридической литературе. К примеру, О.С. Иоффе писал: «Сфера практического применения поручительства невелика. Граждане в своих отношениях друг с другом

прибегают к нему крайне редко... В отношениях между организациями возможно принятие поручительства вышестоящим органом за долги органа нижестоящего. Например, вышестоящие звенья кооперативной системы могут ручаться по обязательствам нижестоящих звеньев кооперации. В известном объеме договоры поручительства заключаются социалистическими организациями при совершении внешнеторговых сделок»', В наиболее авторитетном Комментарии к ГК 1964 г. говорилось: «В отношениях с участием советских граждан необходимость в поручительстве, как правило, не возникает. Основное практическое значение нормы о поручительстве могут иметь для отношений, в которые советские организации вступают в сфере внешней торговли и связанного с ней мореплавания»2.

Вместе с тем к безусловной заслуге и ГК 1922 г., и ГК 1964 г. следует отнести сохранение (и даже некоторое развитие) гражданско-правового института поручительства, несмотря на крайне редкое применение регламентирующих его норм. Что касается практического применения поручительства в хозяйственном обороте в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, то в этих целях был разработан и внедрен в законодательство некий суррогат поручительства – гарантия, приспособленный к плановой централизованной экономике.

В ГК 1964 г. предусматривалось применение гарантии, выдаваемой одной организацией в обеспечение погашения задолженности другой, если иное не было предусмотрено законодательством Союза ССР и РСФСР, при этом определение гарантии как особого способа обеспечения исполнения обязательства отсутствовало и в то же время на этот способ обеспечения исполнения обязательств распространялись почти все правила Кодекса о поручительстве, в том числе и ст. 203 ГК 1964 г., в которой содержалось определение поручительства (см. ст. 210 ГК 1964 г.).

Однако имелись и определенные особенности, отличающие гарантию от поручительства- Во-первых, в соответствии со ст. 210 ГК 1964 г. гарантия могла быть выдана только организацией, а из содержания ст. 186 ГК 1964 г. следовало, что таким способом, как гарантия, могли обеспечиваться лишь обязательства между социалистическими организациями. Более того, согласно постановлениям правительства, действовавшим в тот период, в

Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 181. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Са-

Дикова.М., 1982. С. 249.

качестве гаранта мог выступать только орган, вышестоящий для организации должника'.

Во-вторых, гарантия служила способом обеспечения лишь для узкого круга денежных обязательств в случаях, предусмотренных Правительством СССР и банковскими правилами. На практике гарантия использовалась лишь для временного восполнения за счет банковской ссуды недостатка собственных оборотных средств предприятий либо для получения банковской ссуды плохо работающими предприятиями, переведенными в связи с этим на особый режим кредитования. Во всех случаях субъектный состав правоотношений по гарантии оставался неизменным: в качестве кредитора выступал банк, обслуживающий должника; в качестве гаранта – его вышестоящий орган, также являвшийся клиентом банка, выдавшего ссуду должнику.

В-третьих, гарант, в отличие от поручителя, нес субсидиарную ответственность, применяемую в упрощенном порядке. Учитывая, что и должник, и гарант обслуживались в одном банке, при наступлении срока погашения ссуды банк в бесспорном порядке списывал денежные средства со

счета должника, а в недостающей части – со счета гаранта.

В-четвертых, гаранту, исполнившему таким образом обязательство должника перед банком, не предоставлялось права на предъявление каких-либо требований к должнику. Дело в том, что, как уже отмечалось, в качестве гарантов выступали органы, вышестоящие по отношению к должникам, на которые возлагалась обязанность финансирования деятельности последних, в том числе и наделение их необходимыми оборотными средствами (министерства, ведомства, исполкомы Советов народных депутатов и т.п.), поэтому указанные вышестоящие органы лишались права взыскивать с должников суммы, уплаченные кредиторам.

Гарантия как особый способ обеспечения денежных обязательств между социалистическими организациями просуществовала до 3 августа 1992 г., когда на территории Российской Федерации были введены в действие Основы гражданского законодательства 1991 г.

В соответствии с п. 6 ст. 88 Основ в силу поручительства (гарантии) поручитель обязывается перед кредитором другого лица (должника) отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично. При недостаточности средств у должника поручитель несет ответственность по его обязательствам перед кредитором, если законодательством или договором не предусмотрена солидарная ответственность поручителя и должника. К поручителю, исполнившему обязательства, переходят все права кредитора по этому обязательству.

' См., например: СП СССР. 1965. № 21. Ст. 156.

Как видно. Основы исходили из того, что и поручительство, и гарантия являются понятиями-синонимами, служащими для обозначения одного и того же договора поручительства. Остается добавить, что в обоих случаях; и в смысле ст. 210 ГК 1964 г., и в смысле п. 6 ст. 68 Основ гражданского законодательства – гарантия не имеет ничего общего с таким способом обеспечения исполнения обязательств, как банковская гарантия, предусмотренным ГК 1994 г.

Сегодня отношения, связанные с поручительством, регулируются ГК 1994 г, (параграф 5 гл. 23, ст. 361-367) и находят широкое применение в коммерческом обороте.

В настоящее время поручительство – один из традиционных способов обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств, существо которого заключается в том, что поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части (ст. 361 ГК). Тем самым поручительство увеличивает для кредитора вероятность исполнения обязательства, поскольку в случае его нарушения должником кредитор может предъявить свои требования поручителю.

Поручительство является договором, заключаемым по правилам, предусмотренным главой 28 ГК, между поручителем и кредитором в основном обязательстве. Для договора поручительства установлена обязательная письменная форма под страхом его недействительности (ст. 362).

Несмотря на то что, как уже отмечалось, нормы о поручительстве в ГК сформулированы довольно традиционно, в Кодексе имеется ряд новелл принципиального характера, выгодно отличающие его от ранее действовавшего законодательства, поскольку они позволяют устранить основные барьеры, препятствовавшие в прошлые годы широкому применению этого способа обеспечения исполнения обязательств. Имеются в виду трудности с привлечением поручителя к ответственности в случае неисполнения должником своего обязательства, которые вызывались ранее следующими

обстоятельствами.

Во-первых, как отмечалось, действовало правило, в соответствии с которым поручитель нес перед кредитором лишь субсидиарную ответственность, т.е. он мог быть привлечен к ответственности лишь при недостаточности средств у должника (п. 6 ст. 68 Основ гражданского законодательства 1991 г.). Правда, это правило было сформулировано в виде диспозитив-ной нормы и в силу этого в договоре поручительства могла быть предусмотрена и солидарная ответственность поручителя перед кредитором. Однако, учитывая, что инициатива в заключении договора всегда исходила от поручителя, включение в договор условия о его солидарной ответственности перед кредитором было маловероятным. Действие данного правила

означало, что кредитор в случае неисполнения должником своего обязательства сначала должен был предъявить свои требования должнику, добиться обращения взыскания на его имущество (а это было возможно толь-' ко в судебном порядке) и только после этого кредитор получал право предъявить оставшиеся неудовлетворенными требования поручителю. Однако даже при соблюдении всех названных условий он натыкался на другое препятствие, которое зачастую становилось непреодолимым.

Во-вторых, поручительство считалось прекращенным, если в течение трехмесячного срока кредитор не предъявлял иска к поручителю (ст. 208 ГК 1964 г.). Этот срок исчислялся со дня наступления срока исполнения обязательства должником. Причем указанный срок являлся пресекатель-ным, не подлежащим восстановлению. Таким образом, кредитору предлагалось в течение трех месяцев предъявить требования должнику, добиться через суд обращения взыскания на его имущество, а затем предъявить свои требования поручителю. На практике достичь такого результата было невозможно,

Отмеченные барьеры на пути кредитора к привлечению поручителя к

ответственности теперь устранены. Прежде всего хотелось бы отметить, что в ГК восстановлен принцип солидарной ответственности поручителя (п. 1 ст. 363), утраченный в Основах 1991 г. Что касается срока, предоставляемого кредитору для предъявления требования поручителю, то этот вопрос решается в ГК следующим образом. Поручительство прекращается по истечении указанного в самом договоре поручительства срока, а если такой срок договором не предусмотрен, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства. Возможен и такой вариант: когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства (п. 4 ст. 367).

Объем ответственности поручителя определяется договором поручи* тельства. Но если соответствующее условие в договоре отсутствует, поручитель будет отвечать перед кредитором так же и в том же объеме, что и должник, т.е. помимо суммы долга он должен будет уплатить причитающиеся кредитору проценты, возместить судебные издержки по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником своих обязательств (п. 2 ст. 363).

Установление солидарной ответственности поручителя и определение реальных сроков для предъявления к нему кредитором своих требований в значительной степени повысили риск

поручителя. Данное обстоятельство компенсируется нормами, предусматривающими защиту законных интере

сов поручителя. Речь идет о случаях, когда поручительство прекращается, по существу, в интересах поручителя. Первый случай имеет место, когда после заключения договора поручительства без согласия поручителя происходит изменение основного обязательства и это изменение неблагоприятно для поручителя: возросла его сумма, увеличился или сократился в зависимости от ситуации срок основного обязательства и т.п. Это дает повод поручителю отказаться от договора и влечет прекращение поручительства. Второй случай может иметь место в связи с переводом долга по основному обязательству, т.е. долг переведен на другое лицо и кредитор дал на это согласие. Поручитель же в подобной ситуации отвечать за нового должника не обязан, если он сам на это не согласился.

И наконец, третий случай может возникнуть в ситуации, когда кредитору со стороны должника было предложено надлежащее исполнение обязательства, однако кредитор по каким-либо причинам отказался принять предложенное исполнение. Естественно, что и в этом случае поручительство прекращается.

Попытаемся рассмотреть несколько подробней договор поручительства (как сделку и как правоотношение) с учетом действующего законодательства и реальной судебной практики. Правда, ГК знает случай возникновения поручительства в силу закона: по договору поставки товаров для государственных нужд при оплате товаров покупателем государственный заказчик признается поручителем по этому обязательству покупателя (ст. 532), однако это скорее исключение, подтверждающее общее правило о договорной природе отношений поручительства.

Кодекс не содержит специальных правил относительно порядка заключения, изменения или расторжения договора поручительства, за исключением, может быть, об обязательной письменной форме договора поручительства под страхом его недействительности. В остальном порядок заключения, изменения и расторжения договора регулируется содержащимися в ГК общими положениями в договоре (главы 27-29). Исходя из этого, например, в банковской практике удалось сохранить прежние деловые обыкновения, в соответствии с которыми отношения по гарантии (поручительству) устанавливались путем направления банку-кредитору поручителем (гарантом) одностороннего письма, гарантирующего возврат заемщиком суммы кредита и уплату последним причитающихся процентов. Ведь ГК (п. 3 ст. 448) допускает возможность совершения лицом, получившим оферту, ее акцепта путем совершения действий по выполнению указанных в ней условий, каковыми признаются действия банка-кредитора, получившего одностороннее письмо поручителя, по выдаче кредита заемщику. Данное обстоятельство должно быть удостоверено в кредитном договоре указанием на поручительство, под которое выдается кредит,

Судебной практикой не ставится под сомнение также законность заключения договора поручительства между всеми участниками отношений как по заемному обязательству, так и по обеспечивающему его договору поручительства. К примеру, по одному из дел Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отменил решение арбитражного суда, признавшего отношения по поручительству неустановленными на том основании, что указанные отношения были оформлены поручителем, заемщиком и банком-кредитором с отметкой последнего о принятии поручительства. В постановлении Президиума по данному делу было отмечено, что договор поручительства совершен в письменной форме, в тексте договора содержатся все необходимые

существенные условия, предусмотренные законодательством для договоров данного вида: указаны сведения о заемщике, банке-кредиторе, сумме займа, имеется ссылка на то, что договор поручительства является неотъемлемой частью кредитного договора, в обеспечение обязательств по которому выдано поручительство. Заключение такого трехстороннего соглашения не противоречит действующему

законодательству'.

Как известно, договоры – двух- или многосторонние гражданско-правовые сделки (ст. 154 ГК), поэтому к ним (в том числе и к договорам поручительства) применяются и нормы о сделках, если в общих положениях о договоре или в положениях о конкретном виде договорного обязательства отсутствуют соответствующие специальные правила.

В судебной практике договоры поручительства нередко признаются недействительными сделками в связи с пороками в субъекте. На эту опасность для кредитора по обеспеченному обязательству уже обращалось внимание при рассмотрении вопросов, касающихся договора залога2. Применительно к договорам поручительства, заключаемым кредиторами с акционерными обществами, созданными в процессе приватизации государственных и муниципальных предприятий, необходимо отметить, что особенности их правового положения, определяемые законодательством о приватизации, заключаются в том, что решение вопросов выдачи поручительства отнесено к компетенции советов директоров таких акционерных обществ, что прямо предусмотрено п. 9.3 Типового устава акционерного общества открытого типа, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 1 июля 1922 г. № 721 «Об организационных мерах по преобразованию государственных предприятий, добровольных объединений государственных предприятий в акционерные общества». Поэтому в тех случаях, когда договоры поручительства подписываются от лица таких акционерных обществ их руководителями при отсутствии решения совета директоров ука-

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 1.С.64, 2 См. с. 506-511 настоящей книги.

занных обществ, судебная практика исходит из того, что такие договоры являются ничтожными сделками (ст. 168 ГК) со всеми вытекающими отсюда последствиями1.

Судебная практика свидетельствует также о том, что в ряде случаев весьма ненадежными поручителями являются государственные и муниципальные предприятия. Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, рассмотрев дело в порядке надзора, отменил решение одного из арбитражных судов, который удовлетворил требование кредитора, предъявленное к поручителю ~ государственному предприятию, в связи с тем, что указанное государственное предприятие, заключая договор поручительства, не имело необходимых денежных средств, что должно было повлечь за собой обращение взыскания на имущество предприятия, закрепленное за ним для осуществления целей, предусмотренных уставом предприятия. Таким образом, в данном случае договор поручительства представляет собой сделку, совершенную государственным предприятием с превышением пределов целевой правоспособности, а потому являющуюся ничтожной2.

В качестве правоотношения договор поручительства представляет собой обязательство, которое в целом является односторонним: на стороне кредитора – право требования к поручителю нести ответственность за должника, не исполнившего обязательство, на стороне поручителя – обязанность

такую ответственность нести. Такой взгляд на поручительство как на одностороннее обязательство укоренился в гражданско-правовой доктрине. Хотя при ближайшем рассмотрении и в сегодняшнем, и в ранее действовавшем законодательстве можно обнаружить и определенные обязанности на стороне кредитора, а на стороне поручителя – соответствующие требования. К примеру, в соответствии с п. 2 ст. 365 действующего ГК по исполнении поручителем обязательства кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование. Очевидно также, что при неисполнении этой обязанности поручитель имеет право на иск к кредитору о возмещении причиненных убытков. Однако эти обязанности кредитора находятся за рамками обязательства поручительства, суть которого состоит все же в ответственности поручителя за должника и поэтому может не приниматься во внимание при определении характера поручительства как одностороннего обязательства.

Хотелось бы обратить внимание еще на одну деталь; в гражданско-правовой доктрине, да и в законодательстве, традиционно принято гово-

См., например: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997,№5.С.ЮО. См. там же. № 2. С. 72.

рить об ответственности поручителя как ответственности перед кредитором за должника по основному обязательству. Например, соответствующая статья ГК (ст. 363) имеет название «Ответственность поручителя». Данная статья включает в себя нормы о том, что: при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя (п. 1); поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства (п. 2);

лица, совместно давшие поручительство, отвечают перед кредитором солидарно, если иное не предусмотрено договором поручительства.

На наш взгляд, данная статья не предусматривает ни одной нормы об ответственности поручителя за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, вытекающего из договора поручительства- Название статьи – дань традиции. На самом деле, речь идет о содержании обязательства, возникшего из договора поручительства, и порядке его исполнения. Ведь нести ответственность перед кредитором за должника, не исполнившего либо ненадлежаще исполнившего обязательство, – главная и единственная обязанность поручителя.

Иная позиция, основанная на формальном оперировании названием ст. 363 ГК, приведет к парадоксальному выводу о том, что поручитель, как должник, не исполнивший свое обязательство (пусть акцессорное), не несет перед кредитором никакой ответственности.

Данный вопрос имеет не только (и не столько) теоретическое, но и практическое значение. На одном из заседаний Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации (23 июня 1997 г.) рассматривались некоторые противоречия, возникшие в практике арбитражных судов в связи с применением норм о поручительстве. В частности, обсуждалась и следующая проблема.

При рассмотрении споров о возложении на поручителя ответственности за неисполнение обязательств должником возник вопрос о том, несет ли поручитель перед кредитором по договору поручительства самостоятельную ответственность, в частности, за просрочку выплаты денежных сумм.

В некоторых случаях суды исходят из того, что поручитель самостоятельно отвечает перед кредитором за надлежащее исполнение денежного обязательства, возникшего из договора поручительства, и возлагают на поручителя ответственность, предусмотренную ст. 395 Гражданского ко

декса российской Федерации, при необоснованном отказе или просрочке в выплате денежных сумм кредитору.

В других случаях арбитражные суды исходили из того, что поручитель отвечает так же, как и должник, по обеспечиваемому обязательству и уплачивает кредитору суммы, предусмотренные п. 2 ст. 363 Гражданского кодекса Российской Федерации, за должника. Самостоятельной ответственности перед кредитором поручитель не несет.

По результатам обсуждения члены гражданско-правовой секции Научно консультативного совета рекомендовали Высшему Арбитражному Суду исходить из того, что по истечении разумного срока после получения письменного требования кредитора поручитель является должником, просрочившим денежное обязательство, а посему помимо долга, определяемого по правилам, предусмотренным ст. 363 ГК, кредитор вправе потребовать от него уплаты процентов (ст. 395 ГК) по просроченному денежному обязательству.

Итак, содержание обязательства, вытекающего из договора поручительства, состоит в том, что поручитель обязуется при нарушении должником основного обязательства, обеспеченного поручительством, нести ответственность перед кредитором наряду с должником по основному обязательству. При этом размер денежного обязательства поручителя перед кредитором определяется, по общему правилу, объемом ответственности должника за соответствующее нарушение основного обязательства. Иной размер денежного обязательства поручителя может быть определен договором поручительства. В этом случае говорят о том, что поручитель принял на себя обязанность нести не полную^ а частичную ответственность за должника.

В отличие от положений, содержавшихся в проекте Гражданского Уложения Российской империи, в соответствии с которыми поручитель брал на себя обязанность исполнить обязательство за неисправного должника, обязательство поручителя по действующему сегодня законодательству ограничено лишь обязанностью нести ответственность за должника. Такой подход представляется более правильным, ибо предоставление кредитору права требовать от поручителя исполнения обязательства за должника, в том числе реального исполнения, заставляло бы последнего всякий раз представлять доказательства отсутствия возможности реального исполнения обязательства, что вряд ли способствовало бы широкому использованию поручительства в качестве способа обеспечения исполнения обязательств в имущественном обороте.

Что касается порядка исполнения обязательства, вытекающего из договора поручительства, то действующий ГК исходит из того, что это обязательство, по отношению к ответственности должника перед кредитором за

неисполнение или ненадлежащее исполнение основного обязательства, носит солидарный характер

(п. 1 ст. 363). Это правило сформулировано в диспозитивной форме. Вместе с тем даже в том случае, если договором поручительства будет предусмотрено, что поручитель берет на себя обязанность отвечать субсидиарно с должником, кредитор не встретит серьезных препятствий в удовлетворении своих требований. Единственное условие, которое должно быть соблюдено кредитором, – предварительное обращение со своим письменным требованием к основному должнику; отказ последнего от его удовлетворения либо неполучение от должника ответа в разумный срок дают кредитору право обратиться непосредственно к поручителю (ст. 399 ГК).

Однако вернемся к общему правилу о солидарном характере обязательства поручителя по отношению к ответственности должника по основному обязательству. Данное обстоятельство означает, что кредитор вправе предъявить свои требования как к должнику по основному обязательству, так и к поручителю; как совместно, так и по отдельности; как полностью, так и в части долга (п. 1 ст. 323 ГК). Окончательный вид требования, решение таких процессуальных вопросов, как состав ответчиков и предмет иска к каждому из них, зависит только от кредитора, что подтверждается и судебной практикой. Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в целом ряде случаев отменял решения арбитражных судов по 'опорам, связанным с солидарной ответственностью поручителей, в случаях, когда суды произвольно удовлетворяли требования кредитора только за счет должника по договорам поручительства, не признанным недействительными сделками, либо только за счет поручителя, либо за счет отдельных поручителей, освобождая иных от ответственности, либо за счет поручителей, определяя доли каждого из них'.

При рассмотрении вопроса о содержании обязательства, вытекающего из договора поручительства, и законности последнего важное значение имеет правильное определение круга гражданско-правовых обязательств, которые могут выступать в качестве основного обязательства, обеспечиваемого поручительством третьего лица. В принципе ГК не предусматривает каких-либо обязательств, исполнение которых не может быть обеспечено поручительством. Видимо, правильным будет вывод о том, что любое гражданско-правовое обязательство может быть обеспечено поручительством. Очевидно также, что в круг таких обязательств не входят недействительные обязательства, вытекающие, например, из ничтожных сделок. Более того, в отличие от ГК 1964 г., предусматривавшего заключение договора поручительства только по уже состоявшемуся (существовавшему к это-

1 См., например; Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.-1997. №2. С. 70-71.

му моменту) основному обязательству, действующим Кодексом допускается возможность заключения договора поручительства для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем. Нетрудно заметить, что в этом отношении нормы ГК 1994 г. перекликаются с позицией российских дореволюционных цивилистов, также полагавших, что поручительством могут обеспечиваться различного рода обязательства, в том числе будущие обязательства.

В соответствии с действующим ГК (п. 4 ст. 367) договором поручительства может определяться срок, на который дано поручительство. Однако, в отличие от дореволюционного проекта Гражданского Уложения, срочному поручительству ныне не придается значения квалифицированного вида поручительства. Единственный юридический смысл срока, определяемого сторонами договора поручительства, заключается в том, что в этом случае иск кредитора может быть предъявлен поручителю в пределах срока, предусмотренного договором, а не установленного законом. Правда, в судебной практике отмечались попытки придать срочному поручительству некое сущностное

значение. На том же заседании Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации (23 июня 1997г.), рассматривавшем противоречия в практике арбитражных судов, возникшие при применении норм о поручительстве, в числе других рассматривалась и следующая проблема.

Пунктом 4 ст. 367 Гражданского кодекса Российской Федерации предусматривается, что поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано.

В тех случаях, когда договором поручительства устанавливается форма предъявления требования к поручителю (простое письменное требование, платежное требование на безакцептное списание средств со счета и т.д.), арбитражные суды различно подходят к определению характера действий, которые должен совершить кредитор в пределах установленного ст. 367 Гражданского кодекса Российской Федерации пресекательного срока.

В некоторых случаях арбитражные суды исходят из того, что в пределах установленного в договоре срока кредитор обязан обратиться к поручителю с иском.

Согласно другой точке зрения, п. 4 ст. 367 Гражданского кодекса Российской Федерации не предусматривает обязательного предъявления иска в течение определенного договором поручительства срока. Такое требование законодательство предусматривает лишь для случаев, когда срок поручительства договором не установлен.

Поэтому если стороны предусмотрели форму предъявления требовал кия к поручителю и требование было предъявлено к поручителю в пределах установленного срока, кредитор вправе предъявить иск к поручителю в

срок, установленный ст. 207 Гражданского кодекса Российской Федерации, т.е. до истечения срока исковой давности по основному обязательству.

По мнению большинства членов гражданско-правовой секции Научно-консультативного совета, позиция арбитражных судов, полагающих, что срочное поручительство не прекращается по истечении срока, на который оно дано, а посему иск к поручителю может быть предъявлен кредитором в пределах общих сроков исковой давности, была признана сугубо формальной и не соответствующей действующему законодательству.

Следует все же заметить, что само по себе допущение возможности определения сторонами договора поручительства срока, на который дано поручительство, непосредственно в договоре является фактором прогрессивным, отвечающим требованиям современного имущественного оборота, Лицу, выступающему поручителем, предоставлено право самому определить степень риска, связанного с выдачей поручительства в обеспечение обязательств должника, путем ограничения периода времени, в течение которого к нему может быть предъявлен иск кредитора. Данное положение, безусловно, стимулирует развитие такого способа обеспечения исполнения обязательств, как поручительство, что не может не признаваться фактором отрадным.

Справедливости ради необходимо отметить, что ранее в юридической литературе советского периода высказывалось мнение о возможности указания срока, на который предоставляется поручительство, в договоре поручительства'. Однако указанное доктринальное положение не было подкреплено прямым указанием закона. Напротив, к примеру, ГК 1964 г. не оставлял никаких сомнений на этот счет,

поскольку включал в себя императивную норму о том, что поручительство прекращается, если кредитор в течение трех месяцев со дня наступления срока обязательства не предъявит иска к поручителю (часть вторая ст. 208). Указанная норма толковалась в судебной практике таким образом, что всякое условие договора поручительства, устанавливавшее любой срок, на который дано поручительство (в том числе и трехмесячный), признавалось противоречащим императивной норме закона, а следовательно, недействительным.

Иллюстрацией к сказанному может служить постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, принятое в порядке надзора по спору, связанному с применением норм о поручительстве, содержащихся в ГК 1964 г. (спорные правоотношения возникли до 1 января 1995 г.). В этом постановлении указано; «Статьей 208 Гражданского кодекса РСФСР возможность установления срока действия поручительства не была предусмотрена. Поэтому соглашение сторон по договору поручительства о его действии в течение трех месяцев со дня наступления

' См., например: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательствах. С. 260.

срока исполнения обязательств по кредитному договору недействительно. Следует исходить из того, что в договоре поручительства от б октября 1994 г. отсутствует срок действия поручительства»'.

Как уже отмечалось, расширение возможностей кредитора по удовлетворению своих требований за счет поручителя вследствие введения презумпции солидарной ответственности и увеличения законного срока на предъявление иска к поручителю потребовало введения в ГК определенных положений, обеспечивающих права и законные интересы поручителя.

Содержащиеся в Кодексе положения, направленные на защиту прав и законных интересов поручителя, могут быть дифференцированы на три группы: во-первых, положения, предусматривающие права поручителя на возражения против требований кредитора; во-вторых, нормы, определяющие права поручителя, исполнившего обязательство, и соответственно обязанности должника и кредитора по основному обязательству; и наконец, в-третьих, положения, устанавливающие основания прекращения поручительства.

Право поручителя представить свои возражения против требования кредитора предусмотрено ст. 364 ГК. Правда, в этом смысле возможности поручителя ограничены только теми возражениями, которые мог бы представить должник по основному обязательству. Право поручителя на указанные возражения против требования кредитора не умаляются тем обстоятельством, что сам должник признал долг по основному обязательству либо отказался от каких-либо возражений против требования кредитора. Важно подчеркнуть, что норма, содержащаяся в названной статье ГК, носит дис-позитивный характер. Следовательно, при заключении договора поручительства могут быть предусмотрены дополнительные возможности поручителя по возражению против требования кредитора вплоть до включения в него определенных оснований к отказу поручителя в удовлетворении требований кредитора.

Поручитель, исполнивший свое обязательство, т.е. понесший ответственность за должника, нарушившего обязательство, наделяется правом обратного требования к должнику. В этом случае к поручителю переходят права кредитора по основному обязательству, а также права кредитора как залогодержателя (в том числе и в отношении третьего лица, выступающего в роли залогодателя). Объем прав кредитора, которые переходят к поручителю, определяется размером удовлетворенных последним требований кредитора.

Помимо прав требований, вытекающих из основного обязательства и обеспечивающего его залога, поручитель, исполнивший свое обязательство, получает и самостоятельные права требования, смысл которых состо-

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997^№5.С. 96.

ит в применении поручителем к должнику мер имущественной ответственности в виде уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, а также возмещения убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника по причине нарушения последним основного обязательства (п. 1 ст. 365 ГК). Кодекс ничего не говорит о размере процентов и моменте, с которого начинается их начисление. Однако, исходя из общих правил, регламентирующих уплату процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК), можно сделать вывод, что размер процентов должен определяться ставкой рефинансирования Центрального банка, а начальный момент – датой исполнения поручителем своего обязательства перед кредитором, поскольку именно с этого момента на стороне поручителя возникает право требования к должнику по денежному обязательству.

Обеспечению защиты прав и законных интересов поручителя, исполнившего обязательство, служит норма, обязывающая кредитора вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование (п. 2 ст. 365).

Правила о правах поручителя, исполнившего обязательство, носят диспозитивный характер и применяются, как указано в п. 3 ст. 365 ГК, «если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручителя с должником и не вытекает из отношений между ними». К слову сказать, последняя фраза этой нормы вызвала крайне негативную реакцию А.А. Рубанова. Он пишет: «Пункт 3 ст. 365 ГК, по существу, перечеркивает все нормы, включенные в эту статью. Он предписывает применять нормы, установленные этой статьей, «если иное... не вытекает из отношений» между поручителем и должником. Такая запись означает, что в данном случае имеет место отказ от правового метода регулирования имущественных отношений и переход к их индивидуальному регулированию. Правовой метод регламентации общественных отношений состоит в установлении общих правил поведения, рассчитанных на неопределенное число повторяющихся ситуаций. Пункт 3 ст. 365 предписывает каждую ситуацию решать особо. При таком подходе поручитель^ исполнивший обязательство, вообще не имеет никаких субъективных, прав. Все зависит от того, что «вытекает» из его отношений с должником. К тому же неизвестно, кто должен это решать и какими критериями пользоваться, чтобы установить, что из отношений «вытекает», а что – «не вытекает»'.

Уничтожающая критика! И все это по поводу хорошо известного рядового приема законодательной техники. Между прочим, только в первой части ГК можно обнаружить до полутора десятков норм, при формулиро-

' См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научно-практический комментарий. С. 568.

вании которых использовался указанный прием законодательной техники -«если иное не вытекает»: из существа правоотношений; из особенностей субъектов правоотношений; из особенностей фиксации прав; из существа нарушенного нематериального права; из существа обязательства; из существа предложения либо обстановки, в которой оно сделано; из прежних деловых отношений сторон и т.п. (ст. 23 (п. 3); 124 (п. 2); 149 (п. 1); 150 (п. 2); 266 (п. 2); 271 (п. 1); 310, 311, 314 (п. 2),

315, 436 и некоторые другие). Не вызывают сомнения и причины, побуждающие законодателя в рят де случаев использовать этот технический прием. К их числу относятся, в частности, необходимость гибкого правового регулирования сложных правоотношений; соблюдение принципа справедливости при применении соответствующих норм к реальным отношениям имущественного оборота.

Для подтверждения сказанного приведем пример, непосредственно относящийся к поручительству и, более того, к критикуемой А.А. Рубановым норме ГК (п. 3 ст. 365). Как уже отмечалось, в соответствии с частью второй ст. 532 ГК при оплате покупателем товаров по договору поставки товаров для государственных нужд государственный заказчик признается поручителем по этому обязательству покупателя (ст. 361-367).

Как известно, отличительным признаком отношений, вытекающих из поставки товаров для государственных нужд на основе государственных контрактов, а также заключаемых в соответствии с ними договоров поставки товаров для государственных нужд, является удовлетворение потребностей Российской Федерации или субъектов Российской Федерации за счет средств бюджетов и внебюджетных источников финансирования (п. 1 ст. 525). Обязанность обеспечить оплату товаров возложена на государственного заказчика (ст. 526). Представим себе, что покупатель по договору поставки для государственных нужд не оплатил полученные товары в силу того, что госзаказчик не обеспечил его финансированием из бюджетных источников. Указанный госзаказчик, как поручитель, после удовлетворения требований кредитора (поставщика) обращается с иском к должнику по основному обязательству (покупателю), причем наряду с уплаченной кредитору суммой просит взыскать проценты и убытки. Совершенно очевидно, что в подобной ситуации применение правил о правах поручителя, исполнившего обязательство (п. 1 ст. 365), недопустимо. Основанием же к отказу в удовлетворении таких требований поручителя служит единственно норма, содержащаяся в п. 3 ст. 365, о неприменении в данном случае правил о правах поручителя, поскольку из отношений поручителя и должника вытекает иное.

Таким образом, вопросы, поставленные А.А. Рубановым относительно п. 3 ст. 365 ГК, которые, по замыслу автора, видимо, являются риторическими, на самом деле, имеют четкие и определенные ответы. Предоставле-

ние суду возможности оценить отношения поручителя и должника и, установив, что существо этих отношений не позволяет удовлетворить требование поручителя к должнику, принять решение об отказе поручителю в иске нисколько не умаляет значения общих правил о правах поручителя, исполнившего обязательство, и в то же время помогает избежать принятия формальных и несправедливых судебных решений.

Защите прав и законных интересов поручителя служит также норма, обязывающая должника, исполнившего обязательство, обеспеченное поручительством, немедленно известить об этом поручителя. При нарушении этой обязанности должником, когда поручитель вслед за должником также удовлетворит требования кредитора, поручитель получает право по своему выбору предъявить свои регрессные требования к должнику либо взыскать неосновательно полученное с кредитора. Если поручитель остановит свой выбор на первом варианте и получит уплаченную кредитору сумму с должника, последний сможет обратиться к кредитору лишь за неосновательно полученным (ст. 366 ГК).

Пожалуй, в наибольший степени обеспечению защиты прав и законных интересов поручителя служат нормы о прекращении поручительства, ГК предусматривает пять оснований прекращения

поручительства; к их числу относятся:

- прекращение обеспеченного поручительством основного обязательства (п. 1 ст. 367);

- изменение основного обязательства, влекущее увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего (п. 1 ст. 367);

- перевод на другое лицо долга по обеспеченному им основному обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника (п. 2 ст. 367); ••

- отказ кредитора принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем (п. 3 ст. 367);

- истечение срока, на который дано поручительство (либо установленного законом), если в пределах этого срока кредитор не предъявил иска к поручителю (п. 4 ст. 367).

Новые, по сравнению с ранее действовавшим законодательством (ГК 1964 г.), основания прекращения поручительства (по порядку изложения со второго по четвертое) направлены на защиту интересов поручителя и служат своеобразной компенсацией увеличения возможностей кредитора по привлечению поручителя к ответственности.

Первое основание прекращения поручительства – прекращение основного обязательства – вытекает из акцессорного характера поручительства и не нуждается в каком-либо комментарии.

Второе основание – изменение без согласия поручителя кредитором и должником основного обязательства, влекущее для поручителя неблагоприятные последствия, – является новым, представляющим собой, как это обычно бывает, хорошо забытое старое. Как отмечалось ранее, аналогичное основание прекращения поручительства содержалось в проекте Гражданского Уложения Российской империи (кн. 5), который в 1913 г. был внесен на рассмотрение Государственной думы.

Применение норм об указанном основании прекращения поручительства в судебной практике вызывает немало вопросов. И прежде всего, что понимать под изменением обязательства, влекущим неблагоприятные по-спедствия для поручителя? Является ли таковым, к примеру, продление срока возврата кредита в пределах срока, на который дано поручительство? В настоящее время судебная практика не выработала каких-либо общих разъяснений по данным вопросам. Мы можем оперировать лишь примерами практики разрешения судами конкретных споров, которая на поставленные вопросы дает положительные ответы.

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в порядке надзора отменил решение одного из арбитражных судов, которым были удовлетворены исковые требования кредитора о взыскании солидарно с заемщика и поручителя задолженности по кредиту и процентам за пользование кредитом. Из материалов дела следовало, что в соответствии с кредитным договором заемщику был предоставлен кредит в сумме 530 тыс.долл. США сроком на три месяца под 30 процентов годовых. Кредитный договор был обеспечен поручительством, срок действия которого в соответствии с договором заканчивался через три месяца после окончания срока возврата кредита, предусмотренного кредитным договором. В процессе исполнения кредитного договора кредитор и заемщик без согласия поручителя продлили срок возврата кредита, но в пределах срока, на который было дано поручительство и без изменения размера подлежащих уплате процентов. Арбитражный суд, принимая решение о солидарном взыскании суммы задолженности по кредитному договору с заемщика и поручителя по иску, предъявленному кредитором до истечения срока действия

поручительства, исходил из того, что изменение кредитного договора, произведенное кредитором и заемщиком, не повлекло для поручителя неблагоприятных последствий. Президиум Высшего Арбитражного Суда, отменяя данное решение, указал, что изменение кредитного договора в части отсрочки возврата кредита (пусть даже и в пределах срока действия поручительства) повлекло увеличение объема ответственности поручителя, так как период пользования кредитом изменился в сторону увеличения, курс доллара США за это время поднялся, в результате чего при переводе суммы задолженности в долларах в эквивалентную сумму в рублях эта задол-

женность увеличилась. Кроме того, продление срока возврата кредита в пределах срока, на который было дано поручительство, не означает согласия поручителя на такое изменение основного обязательства. Учитывая изложенное, поручительство было признано прекращенным, а требование кредитора к поручителю – подлежащим отклонению'.

Важно подчеркнуть, что изменение основного обязательства, влекущее неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего рассматривается Кодексом именно в качестве основания прекращения поручительства. В подобных ситуациях нельзя, считая произведенное изменение обязательства недействительным, привлекать поручителя к ответственности, исходя из ответственности должника в том виде, какой она имела до изменения обязательства, как это иногда имеет место на практике.

Особый интерес вызывает такое основание прекращения поручительства, как отказ кредитора принять надлежащее исполнение обязательства, предложенное должником или поручителем. Дело в том, что в содержание обязательства поручителя не входит исполнение обязательства за должника. Нам уже приходилось отмечать, что обязанность поручителя состоит в том, чтобы нести ответственность за должника. Видимо, норму, содержащуюся в п. 3 ст. 367 ГК, определяющую указанное основание прекращения поручительства, следует одновременно рассматривать как законоположение, предоставляющее поручителю право исполнить обеспеченное им обязательство за должника (но не устанавливающее обязанность.'). Необходимо также признать, что этому праву поручителя должна противостоять обязанность кредитора принять от поручителя исполнение, предложенное последним за должника. Представляется, что такой подход имеет большие практические перспективы, в особенности когда речь идет о денежном обязательстве, обеспеченном поручительством. В этом случае по истечении срока исполнения денежного обязательства должником поручитель во избежание уплаты кредитору дополнительных сумм, вызываемых увеличением просрочки исполнения обязательства (проценты, убытки), получает возможность своевременно рассчитаться с кредитором за должника.

Непредъявление кредитором иска в течение срока действия поручительства также является основанием его прекращения. Указанный срок определяется в договоре поручительства. Если же договором такой срок не предусмотрен, он считается равным одному году со дня наступления срока исполнения должником основного обязательства, обеспеченного поручительством. В случаях, когда поручительством обеспечено бессрочное обязательство либо обязательство, срок исполнения которого определен мо-

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. №5, С. 93-94; а также: Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 3 / Под ред. В.Ф. Яковлева. М., 1996. С. 67-70.

ментом востребования, срок действия поручительства – два года со дня заключения договора поручительства (п. 4 ст. 367 ГК).

Необходимо подчеркнуть, что срок действия поручительства, предусмотренный договором либо определяемый по правилам, установленным п. 4 ст. 367 ГК, несмотря на то, что законодатель связывает последствия его истечения с фактом предъявления (или непредъявления) кредитором иска к поручителю, не является сроком исковой давности. Как известно, исковой давностью признается срок защиты права по иску лица, право которого нарушено (ст. 195 ГК). Основные различия между сроком действия поручительства и сроком исковой давности заключаются в следующем.

Во-первых, по своей правовой природе срок поручительства не является сроком для защиты нарушенного права. Это срок существования самого акцессорного обязательства – поручительства. Поэтому только в пределах этого срока, пока действует поручительство, кредитор вправе потребовать от поручителя исполнения его обязанности, т.е. нести ответственность за должника.

Во-вторых, общий срок исковой давности определяется ГК (три года);

для отдельных видов требований могут предусматриваться специальные сроки исковой давности (сокращенные или более длительные), однако и эти сроки устанавливаются только законом (п. 1 ст. 197). Напротив, срок действия поручительства, по общему правилу, определяется договором.

В-третьих, строго говоря, поручитель не является лицом, нарушающим право кредитора. Поэтому в отношении поручителя не могут применяться нормы о сроке для защиты нарушенного права (исковая давность).

В-четвертых, в отличие от исковой давности, которая применяется судом только по заявлению стороны в споре, предъявление кредитором иска за пределами срока действия поручительства служит для суда безусловным основанием к отказу в иске,

Таким образом, срок действия поручительства не является сроком исковой давности, а относится к категории пресекательных (преклюзивных) сроков.

Следует также обратить внимание на то, что ГК (п. 4 ст. 367) требует от кредитора предъявления в пределах срока действия поручительства именно иска, а не любого письменного требования, как это имеет место, например, при банковской гарантии (п. 1 ст. 374). Поэтому нельзя приветствовать встречающиеся порой в судебной практике попытки излишне широкого толкования соответствующего законоположения, когда необходимость предъявления иска подменяется, к примеру, выставлением кредитором платежных документов на инкассо для бесспорного списания денежных сумм с поручителя.

6. БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ

Банковская гарантия представляет собой новый, ранее не известный отечественному законодательству способ обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств. Способ этот состоит в том, что банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала (бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате (ст. 368 ГК).

Несмотря на абсолютную новизну банковской гарантии для российского законодательства, в юридической литературе не прекращаются попытки найти и определить черты банковской гарантии, делающие ее похожей на иные способы обеспечения исполнения обязательств и даже на иные

гражданско-правовые институты, не имеющие отношения к способам обеспечения исполнения обязательств.

Так, в одном из комментариев к ГК А.Л. Меламед подчеркивает, что ранее «в ГК 1964 г. и Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. гарантия приравнивалась к поручительству, и на нее распространялись посвященные поручительству правила...». Тот же автор, комментируя норму ГК о вступлении банковской гарантии в силу (ст. 373), пишет: «Ранее в письме Высшего Арбитражного Суда от 20 мая 1993г. № С-13/ОП-167 «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике»... разъяснялось, что свидетельством заключения договора гарантии является сообщение, направленное в письменном виде кредитором гаранту, о том, что он принимает полученное последним гарантийное письмо. В том случае, когда подтверждение кредитора не было получено, рекомендовалось исходить из того, имеется ли ссылка на гарантию в основном договоре. При отсутствии в договоре указанной ссылки отношения по гарантии считались неустановленными. В настоящее время извещения бенефициара или ссылки на гарантию в договоре не требуется, хотя стороны могут предусмотреть и такой порядок вступления гарантии в силу»'. В такой интерпретации банковская гарантия представляется неким результатом развития института гарантии, имевшегося в гражданском законодательстве советского периода. Между тем. как уже отмечалось, гарантия по ГК 1964 г. (ст. 210) представляла собой разновидность поручительства, приспособленную к административно-командной системе управления экономических отношений. Еще более странной вы-

' См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая; Научно-практический комментарий. С. 570, 573-574.

глядит ссылка на названное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 мая 1993 г., которое было издано в условиях действия на территории России Основ гражданского законодательства 1991 г., как известно упразднивших институт гарантии и сохранивших само понятие «гарантия» для обозначения договора поручительства.

Данное обстоятельство, т.е. принципиальное отличие банковской гарантии от использовавшейся ранее по российскому законодательству гарантии как разновидности поручительства, отмечается Т.А. Фаддеевой, которая, однако, в свою очередь, полагая, что основанием к привлечению гаранта к уплате бенефициару денежной суммы является т.н. гарантийный случай, находит сходные черты и различия между банковской гарантией и договором страхования'.

Другую, крайнюю позицию занимает Е.А. Павлодский, считающий, что банковская гарантия вовсе не является способом обеспечения исполнения обязательств; по его мнению, «отнесение банковской гарантии к способам обеспечения исполнения обязательств имеет не больше оснований, чем, например, страхование риска невозврата заемных средств»2. В связи с этим хотелось бы обратить внимание на необходимость при исследовании правовых проблем если не уважать, то хотя бы учитывать волю законодателя, который в числе других способов обеспечения исполнения обязательств назвал и банковскую гарантию (п. 1 ст. 329; ст. 368-379).

Мы придерживаемся той позиции, что банковская гарантия является новым для отечественного законодательства самостоятельным способом обеспечения исполнения обязательств. Наиболее продуктивным методом исследования данного гражданско-правового института представляется определение и исследование характерных особенностей банковской гарантии, выделяющих ее в отдельный, самостоятельный способ обеспечения исполнения обязательств, что нам уже приходилось

делать в ранее опубликованных работах3.

Институт гарантии активно используется в различных зарубежных правовых системах для регулирования имущественного оборота. Гарантия (portefort, garantie, idernnity) носит самостоятельный характер, она не пре-

' См.: Гражданское право: Учебник. Ч, 1 / Под ред. Ю.К. Толстого и А.П. Сергеева. М, 1996. С. 531.

2 Павлодский Е.А. Обеспечение исполнения обязательств поручительством // Закон. №5. 1995. С. 25.

См.: Брагинский М.И. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия // Комментарий к новому ГК Российской Федерации. М., 1995. С. 74-75; Витрянскый В.В. Договоры: порядок заключения, изменения и расторжения, новые типы // Комментарий к новому ГК Российской Федерации. М., 1995. С. 67-69.

кращается, например, в случае недействительности основного договора. Обязанное по гарантии лицо гарантирует кредитора от убытков при наступлении определенных условий. Вместе с тем специальных норм, регламентирующих отношения по гарантии, гражданские кодексы многих государств (например, Франции, ФРГ, Швейцарии) не содержат. В регулировании отношений по гарантии большая роль отводится обычаям делового оборота'.

При подготовке проекта нового ГК исходным материалом для определения и формулирования норм о банковской гарантии послужили Унифицированные правила для гарантий по требованию, разработанные Международной торговой палатой в 1992 г.2 Указанные правила подлежат применению лишь в случае прямого указания на них сторонами в гарантии.

Следует, однако, отметить, что и ранее, до принятия Международной торговой палатой Унифицированных правил, банковская гарантия активно применялась в международной торговле3.

И все же анализ банковской гарантии как самостоятельного способа обеспечения исполнения обязательств по российскому гражданскому праву должен осуществляться исходя из содержания конкретных правовых норм, включенных в текст Гражданского кодекса Российской Федерации. На наш взгляд, заслуживают внимания следующие наиболее существенные черты банковской гарантии, призванной обеспечить надлежащее исполнение принципалом обязательства перед бенефициаром.

Прежде всего, необходимо отметить особый субъектный состав участников отношений, связанных с банковской гарантией. В качестве гаранта могут выступать только банки, иные кредитные учреждения или страховые организации. Лицо, обращающееся к гаранту с просьбой о выдаче банковской гарантии (принципал), суть должник в основном обязательстве, ис-г полнение которого обеспечивается банковской гарантией. И наконец, лицо, наделенное правом предъявлять требования к гаранту (бенефициар), является кредитором в основном обязательстве.

Банковская гарантия представляет собой облекаемое в письменную форму одностороннее обязательство, в соответствии с которым гарант обязуется уплатить бенефициару-кредитору по обеспечиваемому банковской гарантией обязательству определенную денежную сумму.

Право бенефициара в отношении гаранта может быть реализовано путем предъявления письменного требования, которое должно соответствовать условиям, предусматриваемым самой банковской гарантией.

См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств:

Учебник. М., 1992. С. 307.

2 Uniform Rules for Damand Guarantees. ICC Publication. № 458.

3 См., например: Шмиттгофф К.М. Экспорт; право и практика меаздународной торговли. М., 1993. С. 227.

Важно подчеркнуть, что, в отличие от поручительства, одним из оснований прекращения которого является непредъявление кредитором к поручителю иска в пределах срока, на который выдано поручительство, в отношениях по банковской гарантии бенефициар должен обратиться к гаранту с письменным требованием, каковыми могут быть признаны претензия либо любое иное представление требования в письменной форме, которое соответствовало бы условиям выданной гарантии. В частности, к такому письменному требованию должны быть приложены документы, указанные в гарантии; в требовании должно быть указано, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана банковская гарантия; требование бенефициара должно быть представлено гаранту до истечения срока, определенного в гарантии (ст. 374 ГК).

Обязанность бенефициара предъявить к гаранту не иск, а письменное требование подтверждается и практикой Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. К примеру, по одному из дел Президиум Высшего Арбитражного Суда отменил решение арбитражного суда об отказе в иске, предъявленном бенефициаром к гаранту, по мотиву предъявления указанного иска за пределами срока, определенного банковской гарантии, и вынес новое решение об удовлетворении исковых требований бенефициара. Основанием для такого решения послужило то обстоятельство, что, несмотря на предъявление бенефициаром иска к гаранту по истечении срока, установленного гарантией, письменное требование бенефициара к гаранту было предъявлено в пределах этого срока. К указанному письменному требованию были приложены все документы, предусмотренные гарантией. Между тем гарант каких-либо возражений по поводу предъявленного бенефициаром письменного требования не заявлял'.

Далее, отношения гаранта и принципала характеризуются тем, что банковская гарантия должна выдаваться на возмездной основе; за выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение (п. 2 ст. 369 ГК). Кодекс не содержит никаких правил, позволяющих определить размер такого вознаграждения и порядок его уплаты. Видимо, эти вопросы должны решаться в соглашении о выдаче банковской гарантии, заключаемом между гарантом и принципалом. Необходимость такого соглашения предопределяется также нормой о том, что право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия (п. 1 ст. 379).

В связи с этим в судебной практике возник вопрос: может ли повлиять на обоснованность требования бенефициара, предъявленного к гаранту, то

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. №4. С.86-87.

обстоятельство, что между гарантом и принципалом отсутствует письменное соглашение, определяющее размер и порядок выплаты принципалом вознаграждения гаранту? Судя по постановлениям, которые принимались Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по конкретным делам, на этот вопрос судебная практика отвечает отрицательно.

Так, по одному из таких дел Президиум Высшего Арбитражного Суда отклонил протест, принесенный в порядке надзора, в котором ставился вопрос об отмене решения арбитражного суда о взыскании с банка-гаранта денежной суммы, гарантированной указанным банком. Основные доводы протеста заключались в том, что банковская гарантия выдана по просьбе заемщика в целях обеспечения его обязательства по возврату кредита на безвозмездной основе, в силу чего она является недействительной, а одно из условий банковской гарантии о том, что гарант несет ответственность солидарно с должником, свидетельствовало, по мнению лица, принесшего протест, о том, что в данном случае фактически выдано поручительство, В постановлении Президиума указано, что банковская гарантия отражает волеизъявление заемщика (принципала) и банка-гаранта на установление отношений по банковской гарантии и содержит предусмотренные ст. 368 ГК признаки банковской гарантии. Установление солидарной ответственности банка-гаранта не является основанием для определения банковской гарантии как поручительства. Вопрос же о возмездности (или безвозмездности) банковской гарантии касается только отношений гаранта и принципала и не может рассматриваться в качестве основания к отказу гаранта в удовлетворении требований бенефициара. Бенефициаром соблюдены условия, установленные ст. 374 ГК, для предъявления требования гаранту: требование заявлено до истечения срока действия гарантии с указанием на нарушение заемщиком обязательств по возврату кредита и уплате процентов. При таких обстоятельствах арбитражный суд пришел к правильному выводу о том, что банк-гарант выдал именно банковскую гарантию и должен произвести по ней выплату соответствующей денежной суммы независимо от нецелевого использования кредита заемщиком (на что также ссылался гарант), поскольку банковская гарантия, согласно ст. 370, не зависит от основного обязательства',

По общему правилу банковская гарантия является безотзывной, поскольку не может быть отозвана выдавшим ее гарантом; права бенефициара по банковской гарантии непередаваемы, т.к. принадлежащее бенефициару требование к гаранту не может быть передано другому лицу (ст. 371 я 372). Оба эти правила носят диспозитивный характер; самой гарантией может быть предусмотрено и право гаранта отозвать банковскую гарантию

' Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997. № 6. С; 81-83.

при определенных условиях, и право бенефициара передать право требования к гаранту иному лицу.

Основная обязанность гаранта состоит в удовлетворении письменного требования бенефициара, предъявленного с соблюдением условий гарантии, Кодекс устанавливает также сопутствующие этой основной обязанности дополнительные обязанности гаранта, связанные с рассмотрением требования бенефициара. В частности, по получении требования бенефициара гарант должен без промедления уведомить об этом принципала и передать ему копии требования со всеми относящимися к нему документами. Требование бенефициара должно быть рассмотрено гарантом в разумный срок. При этом гарант должен проявить разумную заботливость, чтобы установить, соответствуют ли это требование и приложенные к нему документы условиям гарантии (ст. 375). Оценка того, является ли срок, затраченный гарантом на рассмотрение требования бенефициара, разумным, должна производиться судом при рассмотрении спора между гарантом и бенефициаром с учетом всех конкретных обстоятельств такого спора. Данное обстоятельство имеет большое практическое значение для определения момента, с которого гарант может считаться должником, просрочившим денежное обязательство. От этого зависит объем ответственности гаранта.

Одна из главных отличительных черт банковской гарантии, выделяющих ее из круга всех остальных

способов обеспечения исполнения обязательств, – независимость банковской гарантии от основного обязательства. Можно констатировать практически полное отсутствие какой-либо связи между обязательством гаранта уплатить соответствующую сумму бенефициару и основным обязательством, обеспеченным банковской гарантией. Более того, в ГК специально подчеркивается, что предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии будет содержаться ссылка на это обязательство (ст. 370).

Принцип независимости обязательства гаранта перед бенефициаром от основного обязательства проявляется в том, что основаниями к отказу в удовлетворении требования бенефициара могут служить исключительно обстоятельства, связанные с несоблюдением условий самой гарантии, не имеющие никакого отношения к основному обязательству.

Что же касается иных обстоятельств, относящихся к основному обязательству и, в частности, свидетельствующих о его исполнении должником, либо прекращении по иным основаниям, либо о признании его недействительным, то они не могут служить основанием к освобождению гаранта от исполнения обязательства, вытекающего из банковской гарантии. В подобных случаях гаранту предоставлено право лишь немедленно сообщить об

этих обстоятельствах бенефициару и принципалу. Однако при получении, несмотря на такое сообщение, повторного требования бенефициара гарант обязан его удовлетворить (ст. 376 ГК). Практический смысл данного положения заключается в том, что гарант, сообщивший об известных ему обстоятельствах, касающихся прекращения или недействительности основного обязательства, не может быть признан находящимся в просрочке по своему обязательству перед бенефициаром до получения от последнего повторного письменного требования и истечения разумного срока на его рассмотрение.

Следует заметить, что в литературе некоторые авторы находят формулировку ст. 370 ГК («Независимость банковской гарантии от основного обязательства») неудачной. К примеру, А.Л. Меламед указывает: «Обязательство гаранта не может быть абсолютно независимым от основного обязательства, так как в своем требовании об уплате денежной суммы по гарантии бенефициар должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, и, следовательно, гарант производит платеж по гарантии лишь в случае неисполнения принципалом основного обязательства»'.

Представляется, что такая позиция является следствием недоразумения, вызванного тем, что названные авторы акцентировали свое внимание не на содержании нормы, а на заголовке статьи, который, как известно, не имеет никакого правового значения. Что же касается содержания самой нормы, то там и речи нет о независимости банковской гарантии от основного обязательства. Суть правила состоит в том, что от основного обязательства не зависит предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром (причем в отношениях между ними). Данное правило не вызывает сомнений, оно не может быть опровергнуто даже положением о том, что бенефициар в своем требовании к гаранту должен указать, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства: указанная обязанность бенефициара носит сугубо формальный характер, поскольку относится скорее к оформлению письменного требования, но никак не к существу отношений, складывающихся между гарантом и бенефициаром. Ведь даже в том случае, если основное обязательство будет прекращено, в том числе и по причине его надлежащего исполнения

должником, повторное требование бенефициара подлежит удовлетворению гарантом (п. 2 ст. 376).

Нам же хотелось бы обратить внимание на иную, более принципиальную проблему, связанную с соотношением обязательств гаранта по банков-

' См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научно-практический комментарий. С. 572; см, также: Гражданское право: Учебник. Ч. 1. С. 532.

ской гарантии и основного обязательства. Вопрос можно сформулировать следующим образом: как влияет исполнение либо неисполнение гарантом своего обязательства по банковской гарантии на судьбу основного обязательства, и в частности на объем прав требований кредитора (бенефициара) к должнику (принципалу)? Видимо, в связи с отсутствием в ГК каких-либо норм, определяющих последствия исполнения гарантом обязательств по гарантии для основного обязательства, а также в силу принципиальной возможности предъявления гарантом регрессных требований к принципалу (ст. 379 ГК), применяя по аналогии нормы о поручительстве, можно сделать вывод о том, что исполнение гарантом своих обязательств перед бенефициаром погашает в соответствующей части права требования последнего (кредитора) к должнику (принципалу) по основному обязательству. Иной вывод (о сохранении основного обязательства в прежнем виде) допускал бы неосновательное обогащение кредитора и противоречил бы принципу справедливости.

Определяя пределы обязательства гаранта (ст. 377), Кодекс разграничивает само обязательство гаранта (уплатить денежную сумму, на которую выдана гарантия) и ответственность гаранта за невыполнение или ненадлежащее выполнение этого обязательства. В первом случае объем выполняемого гарантом обязательства не может выходить за пределы суммы, обозначенной в банковской гарантии. Во втором случае, по общему правилу, ответственность гаранта за нарушение обязательства, вытекающего из банковской гарантии, не ограничивается размером суммы гарантии, если самой гарантией не предусмотрено иное. Это означает, что, опять же по общему правилу, при невыполнении или ненадлежащем выполнении своих обязательств гарант несет ответственность в порядке и на условиях, предусмотренных гл. 25 ГК. В этом плане ответственность гаранта с момента истечения разумного срока на рассмотрение полученного им требования бенефициара ничем не должна отличаться от ответственности должника по денежному обязательству. Помимо требования о взыскании суммы, на которую выдана гарантия (по сути это требование об исполнении обязательства в натуре), бенефициар вправе также потребовать от гаранта уплаты процентов годовых на эту сумму (ст. 395), а также а части, не покрытой процентами, возмещения причиненных убытков (ст. 393).

Вслед за текстом ст. 377 ГК необходимо четко дифференцировать и сами требования бенефициара к гаранту на требование об исполнении обязательства и требование о применении к гаранту установленной ответственности с точки зрения порядка и сроков их предъявления. Не удовлетворенное гарантом письменное требование бенефициара об исполнении обязательства может быть предъявлено бенефициаром в форме иска в пределах общего срока исковой давности, начальным моментом для исчисления

которого может служить истечение разумного срока на рассмотрение гарантом первоначально заявленного письменного требования бенефициара,-Этот же момент является отправной точкой и для исчисления срока исковой давности по иску бенефициара о взыскании с гаранта убытков и процентов годовых; при всех условиях такой иск не ограничен сроком, на который выдана гарантия, и может быть предъявлен бенефициаром в пределах общего срока исковой давности.

Кодекс устанавливает ограниченный перечень оснований прекращения банковской гарантии (ст. 378). Все они связаны либо с надлежащим исполнением гарантом своего обязательства, либо с односторонним волеизъявлением самого бенефициара. Всего предусмотрено четыре основания прекращения банковской гарантии: уплата бенефициару суммы, на которую выдана гарантия; окончание определенного в гарантии срока, на который она выдана; отказ бенефициара от своих прав по гарантии и возвращение ее гаранту; отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств. Поскольку прекращение обязательств по банковской гарантии, в том числе по указанным основаниям, касается лишь взаимоотношений, складывающихся между гарантом и бенефициаром, ГК предусматривает также обязанность гаранта, которому стало известно о прекращении гарантии, без промедления уведомить об этом принципала (п. 2 ст. 378).

С практической точки зрения важно ответить на вопрос: могут ли служить основаниями прекращения банковской гарантии общие основания прекращения обязательства (гл. 26 ГК)? Собственно говоря, специальные правила о прекращении банковской гарантии включают в себя и некоторые общие основания прекращения гражданско-правового обязательства. К примеру, уплата бенефициару гарантом суммы, на которую выдана банковская гарантия, означает надлежащее исполнение должником своего обязательства, что признается общим основанием прекращения всякого обязательства (п. 1 ст. 408); отказ бенефициара от своих прав по гарантии путем письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательства может быть одновременно квалифицирован как прощение долга (ст. 415).

Что касается иных общих оснований прекращения гражданско-правового обязательства, то, исходя из содержания норм, их устанавливающих, представляется, что нет никаких препятствий для их применения и к обязательствам, вытекающим из банковской гарантии. Таким образом, помимо специальных оснований прекращения банковской гарантии, предусмотренных в ст. 378 ГК, основанием прекращения обязательств гаранта могут служить также отступное (ст. 409), зачет встречного однородного требования (ст. 410), совладение должника и кредитора в одном лице (ст. 413), новация обязательства (ст. 414) и другие. Исключение, видимо,

составляет лишь такое основание прекращения обязательства, как невозможность исполнения (ст. 416), которое, на наш взгляд, не подлежит применению к любому денежному обязательству, включая и банковскую гарантию.

Особый интерес вызывает содержащееся в п. 1 ст. 379 ГК положение о том, что «право гаранта потребовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, определяется соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия». Данное положение приводится буквально, поскольку, на наш взгляд, его редакция в Кодексе имеет принципиальное значение.

Дело в том, что указанная норма в литературе истолкована таким образом, что гарант, уплативший соответствующую сумму бенефициару, имеет право на предъявление регрессных требований к принципалу только в том случае, когда это прямо предусмотрено соглашением с последним'. На наш взгляд, такой подход не соответствует норме, содержащейся в п. 1 ст. 379, ни по ее содержанию, ни по буквальному ее выражению. Указанная норма не устанавливает правила, в соответствии с которым право гаранта на регрессные требования к принципалу возникает из соглашения с последним. Иначе редакция нормы была бы иной, например: «Гарант вправе потребовать от принципала в порядке

регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, если это предусмотрено соглашением гаранта с принципалом» либо «гарант не вправе требовать от принципала в порядке регресса возмещения сумм, уплаченных бенефициару по банковской гарантии, если иное не предусмотрено соглашением гаранта с принципалом».

Своеобразная редакция положения п. 1 ст. 379 («Право гаранта... определяется соглашением гаранта с принципалом») вызвана особенностями взаимоотношений между гарантом и принципалом, главная из которых заключается в их возмездием характере: за выдачу банковской гарантии принципал уплачивает гаранту вознаграждение. Размер и порядок уплаты такого вознаграждения должны быть определены соглашением между гарантом и принципалом. Очевидно, что право на регрессное требование к принципалу, которым, безусловно, обладает гарант, уплативший бенефициару денежную сумму по банковской гарантии, по своему объему не может не учитывать размер вознаграждения, полученного гарантом от принципала за выданную банковскую гарантию. Именно этот вопрос об объеме регрессного требования гаранта к принципалу с учетом полученного гарантом вознаграждения от последнего (а не о представлении гаранту права

' См., например: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научно-практический комментарий. С. 579.

регресса!) должен решаться в соглашении между гарантом и принципалом во избежание неосновательного обогащения гаранта за счет принципала. На наш взгляд, только в этом состоит причина необычной редакции нормы, содержащейся в п. 1 ст. 379 ГК.

Если же рассматривать данную проблему по существу, то нельзя не заметить, что противоположный предлагаемому подход, в соответствии с которым гарант получает право на регрессное требование к принципалу в отношении суммы, уплаченной бенефициару, только в случае, предусмотренном соглашением между гарантом и принципалом, при отсутствии такого соглашения допускает неосновательное обогащение принципала. Как уже отмечалось, уплата гарантом соответствующей денежной суммы бенефициару погашает полностью или частично основное обязательство принципала (должника) перед бенефициаром (кредитором). При этих условиях отказ гаранту в праве на регрессное требование к принципалу по сути является признанием законности неосновательного обогащения на стороне •принципала, что было бы верхом несправедливости, поскольку в нашем случае в роли принципала выступает должник, не исполнивший основного обязательства.

Отмеченные характерные черты банковской гарантии делают ее самым надежным, по существу твердым обеспечением исполнения обязательств. В этом ее привлекательность для кредиторов, что может послужить причиной широкого применения банковской гарантии в имущественном обороте.

7. ЗАДАТОК

Задаток, также как и неустойка, залог, удержание, поручительство, относится к традиционным способам обеспечения исполнения обязательств, ведущим свое начало с римского права. В литературе по римскому праву отмечалось, что задаток и самое его название (ап-а) имеют ближневосточное происхождение'. Уже во времена римского права задаток, в качестве которого рассматривались денежная сумма или иная ценность, передаваемая одной стороной другой стороне в момент заключения договора, иг-,рал роль наглядного доказательства факта заключения договора, а также выполнял штрафную функцию, имеющую целью побудить должника исполнить обязательство

(arra poenalis), что выражалось в определенных негативных последствиях для сторон, нарушивших обязательство, обеспеченное задатком: должник, не исполнивший обязательство, терял задаток, а, кредитор, отказавшийся исполнить договор, должен был возвратить зада-

' См., например: Римское частное право: Учебник. С. 336.

ток в двойном размере. Был известен римскому праву и задаток, играющий роль отступного (arra poenitentialis)'.

Основные черты задатка как способа обеспечения исполнения обязательств сохранились как в правовых системах континентальной Европы, так и в англо-американском праве. В общем и целом под задатком, как и в римском праве, разумеется денежная сумма, которую при заключении договора одна сторона передает другой. Задаток (arrhes, Draufgabe, camast) выдается не только с целью обеспечения исполнения обязательства, но также в качестве доказательства заключения договора. Задаток служит способом обеспечения обязательства одной стороной или обеими сторонами. Разница в правовом регулировании состоит в основном в том, что в одних странах (например, во Франции) задаток выполняет роль отступного: потеря задатка одной стороной (внесшей задаток) либо уплата его другой стороной в двойном размере дает право соответствующей стороне вообще отказаться от договора (ст. 1590 ФГК). По праву других стран (например ФРГ, Швейцарии, англо-американскому праву) задаток не признается отступным: сторона, не исполнившая обязательство, обеспеченное задатком, как правило, обязана также возместить убытки в части, не покрытой суммой задатка2.

В российском гражданском законодательстве, действовавшем до 1917 г., отсутствовали общие положения о задатке как способе обеспечения обязательства, имелись лишь отдельные нормы, регламентирующие использование задатка в отдельных договорных обязательствах: запродаже, казенных подрядах и поставках, продаже с торгов. В то же время в российском имущественном обороте отмечалось весьма широкое применение задатка для обеспечения самых различных обязательств. Так, Шершеневич приводит следующие слова Исаченко: «Можно смело сказать, что ни одна сделка, заключаемая русским народом, в которой исполнение предполагается во времени, не обходится без задатка: совершается ли купля-продажа, покупщик дает задаток продавцу; заключается ли договор о найме имущества или о личном найме, наниматель дает задаток; подряжается ли кто что-либо доставить, устроить, сделать, задаток дается подрядчику; стоит выйти в базарный день на рынок в любом русском городишке, чтобы увидеть, что крестьянин не всегда повезет с рынка какой-нибудь мешок хлеба или овса, не получив прежде задатка». Сам Шершеневич отмечал, что «задаток имеет в русском быту громадное значение, каким он далеко не пользуется на Западе»3.

См., например: Римское частное право: Учебник. С. 335-336. См.; Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник 1992 С.308.

Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 291,

• При подготовке проекта Гражданского Уложения общие положения о задатке как способе обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств нашли свое место в проекте: нормы о задатке были включены в главу II (общие положения о договорах) наряду с правилами об отступном и неустойке. Проект включал в себя следующее определение задатка: «Денежная сумма, выданная одною из договорившихся сторон другой в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения, признается задатком» (ст. 1593).

Таким образом, по проекту ГУ задаток выполнял две функции: во-первых, служил доказательством,

удостоверяющим факт заключения договора; во-вторых, являлся средством обеспечения исполнения этого договора. Российские цивилисты – участники подготовки проекта ГУ отмечали, что вопрос о назначении задатка возникает главным образом тогда, когда договор, заключение которого сопровождалось выдачей задатка, не исполнен по вине одной из сторон и в договоре ничего не сказано о назначении задатка в этом случае. Решение этого вопроса, соответствующее значению задатка как особого способа обеспечения договорных обязательств, Редакционная комиссия видела в том, что «если исходить из намерения договорившихся сторон обеспечить задатком исполнение договора, то необходимо придать задатку значение штрафа, упадающего на виновную сторону. Отсюда следует, что если в неисполнении договора виновна сторона, получившая задаток, то справедливо, чтобы она обязана была возвратить полу-*

ченный задаток в двойном размере»'.

Общее правило, определявшее последствия неисполнения договорного обязательства, обеспеченного задатком, заключалось в том, что если договор не исполнен по вине лица, давшего задаток, то оно теряет задаток;

если же договор не исполнен по вине лица, получившего задаток, то оно должно возвратить задаток вдвойне. Независимо от этого виновный был обязан вознаградить другую сторону за убытки, насколько они превышают задаток (ст. 1594 проекта). Нетрудно заметить, что правила, регламентирующие последствия неисполнения договора, обеспеченного задатком, которые были выработаны при подготовке проекта ГУ, остались неизменными по сей день и нашли свое воплощение в действующем сегодня Гражданском кодексе Российской Федерации (п. 2 ст. 381).

Во времена же подготовки проекта ГУ его разработчики, формулируя названные нормы, исходили из того, что «так как задаток, по общему правилу, не имеет значения отступного (Reugeld), то рядом с потерею отданного задатка или возвращением в двойном размере полученного сохраняется обязанность виновной стороны возместить другой стороне понесенные ею вследствие неисполнения договора убытки, причем представляется прак-

' Гражданское Уложение: Проект. Том вторбй. С, 197--198.

тичным и справедливым придать задатку значение наперед определенного наименьшего размера убытков, подлежащих уплате виновною стороною»'.

В случае прекращения обязательства, обеспеченного задатком, или, как сказано в проекте ГУ, отмены договора по обоюдному согласию сторон, или невозможности исполнения, возникшей не по вине сторон, задаток подлежал возвращению (ст. 1595). И это правило также полностью созвучно действующей в настоящее время норме, содержащейся в п. 1 ст. 381 ГК 1994 г.

И все же регулирование отношений, связанных с выдачей задатка, в проекте ГУ несколько отличается от современного правового регулирования. Это отличие состоит в основном в двух моментах. Во-первых, по проекту ГУ в качестве исключения из общего правила допускалось использование задатка как отступного по договору, обеспеченному задатком, если такая возможность предусмотрена сторонами в договоре. В этом случае сторона, которая воспользовалась правом отступиться от договора соответственно либо теряла сумму задатка, либо обязывалась возвратить другой стороне задаток в двойном размере, однако при этом освобождалась от возмещения убытков (ст. 1597, 1600 проекта). В комментарии к названным положениям разработчики проекта ГУ отмечают, что задаток в значении отступного имеет целью обеспечить возмещение убытков, могущих возникнуть для одной

стороны вследствие отступления от договора другой стороны. Далее подчеркивается, что «задаток в этих случаях составляет вид договорной неустойки, вперед выданной. Поэтому невиновная сторона не вправе требовать дополнительного вознаграждения за убытки, хотя бы они не возмещались полностью задатком»2.

Думается, что и в настоящее время, несмотря на отсутствие в ГК 1994 г. соответствующих норм, нет препятствий для использования задатка в качестве отступного. Для этого требуется, чтобы стороны своим соглашением, в том числе и в тексте договора, обеспечиваемого задатком, установили, что их обязательство может быть прекращено предоставлением взамен его исполнения отступного и что отступным будет являться денежная сумма, внесенная в качестве задатка (если правом отступиться воспользуется сторона, внесшая задаток), либо передача контрагенту денежной суммы, составляющей двойной размер задатка (если отступает от договора сторона, получившая задаток). В этом случае контрагент стороны, воспользовавшейся правом отступиться от договора, также будет не вправе требовать возмещения убытков, однако не в силу того, что потеря задатка как отступного исключает возмещение убытков, а по причине прекращения обеспеченного задатком обязательства передачей отступного. Полагаем, что эти выводы не противоречат ст. 409 ГК.

Гражданское Уложение: Проект. Том второй, С. 198. 2 Там же. С. 200.

При подготовке проекта Гражданского Уложения общие положения о задатке как способе обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств нашли свое место в проекте: нормы о задатке были включены в главу II (общие положения о договорах) наряду с правилами об отступном и неустойке. Проект включал в себя следующее определение задатка: «Денежная сумма, выданная одною из договорившихся сторон другой в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения, признается задатком» (ст. 1593).

Таким образом, по проекту ГУ задаток выполнял две функции: во-первых, служил доказательством, удостоверяющим факт заключения договора; во-вторых, являлся средством обеспечения исполнения этого договора. Российские цивилисты – участники подготовки проекта ГУ отмечали, что вопрос о назначении задатка возникает главным образом тогда, когда договор, заключение которого сопровождалось выдачей задатка, не исполнен по вине одной из сторон и в договоре ничего не сказано о назначении задатка в этом случае. Решение этого вопроса, соответствующее значению задатка как особого способа обеспечения договорных обязательств, Редакционная комиссия видела в том, что «если исходить из намерения договорившихся сторон обеспечить задатком исполнение договора, то необходимо придать задатку значение штрафа, упадающего на виновную сторону. Отсюда следует, что если в неисполнении договора виновна сторона, получившая задаток, то справедливо, чтобы она обязана была возвратить полученный задаток в двойном размере»'.

Общее правило, определявшее последствия неисполнения договорного обязательства, обеспеченного задатком, заключалось в том, что если договор не исполнен по вине лица, давшего задаток, то оно теряет задаток;

если же договор не исполнен по вине лица, получившего задаток, то оно должно возвратить задаток вдвойне. Независимо от этого виновный был обязан вознаградить другую сторону за убытки, насколько они превышают задаток (ст. 1594 проекта). Нетрудно заметить, что правила, регламентирующие последствия неисполнения договора, обеспеченного задатком, которые были выработаны при подготовке проекта ГУ, остались неизменными по сей день и нашли свое воплощение в действующем сегодня Гражданском кодексе Российской Федерации (п. 2 ст. 381).

Во времена же подготовки проекта ГУ его разработчики, формулируя названные нормы, исходили из того, что «так как задаток, по общему правилу, не имеет значения отступного (Reugeld), то рядом с потерею отданного задатка или возвращением в двойном размере полученного сохраняется обязанность виновной стороны возместить другой стороне понесенные ею вследствие неисполнения договора убытки, причем представляется прак-

* Гражданское Уложение: Проект. Том второй.С; 197^198.

тичным и справедливым придать задатку значение наперед определенного наименьшего размера убытков, подлежащих уплате виновною стороною»'.

В случае прекращения обязательства, обеспеченного задатком, или, как сказано в проекте ГУ, отмены договора по обоюдному согласию сторон, или невозможности исполнения, возникшей не по вине сторон, задаток подлежал возвращению (ст. 1595). И это правило также полностью созвучно действующей в настоящее время норме, содержащейся в п. 1 ст. 381 ГК 1994 г.

И все же регулирование отношений, связанных с выдачей задатка, в проекте ГУ несколько отличается от современного правового регулирования. Это отличие состоит в основном в двух моментах. Во-первых, по проекту ГУ в качестве исключения из общего правила допускалось использование задатка как отступного по договору, обеспеченному задатком, если такая возможность предусмотрена сторонами в договоре. В этом случае сторона, которая воспользовалась правом отступиться от договора соответственно либо теряла сумму задатка, либо обязывалась возвратить другой стороне задаток в двойном размере, однако при этом освобождалась от возмещения убытков (ст. 1597, 1600 проекта). В комментарии к названным положениям разработчики проекта ГУ отмечают, что задаток в значении отступного имеет целью обеспечить возмещение убытков, могущих возникнуть для одной стороны вследствие отступления от договора другой стороны. Далее подчеркивается, что «задаток в этих случаях составляет вид договорной неустойки, вперед выданной. Поэтому невиновная сторона не вправе требовать дополнительного вознаграждения за убытки, хотя бы они не возмещались полностью задатком»2.

Думается, что и в настоящее время, несмотря на отсутствие в ГК 1994 г, соответствующих норм, нет препятствий для использования задатка в качестве отступного. Для этого требуется, чтобы стороны своим соглашением, в том числе и в тексте договора, обеспечиваемого задатком, установили, что их обязательство может быть прекращено предоставлением взамен его исполнения отступного и что отступным будет являться денежная сумма, внесенная в качестве задатка (если правом отступиться воспользуется сторона, внесшая задаток), либо передача контрагенту денежной суммы, составляющей двойной размер задатка (если отступает от договора сторона, получившая задаток). В этом случае контрагент стороны, воспользовавшейся правом отступиться от договора, также будет не вправе требовать возмещения убытков, однако не в силу того, что потеря задатка как отступного исключает возмещение убытков, а по причине прекращения обеспеченного задатком обязательства передачей отступного. Полагаем, что эти выводы не противоречат ст. 409 ГК.

Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 198. Там же. С. 200.

Во-вторых, в проекте ГУ содержалась специальная норма, предусматривающая возможность обеспечения задатком обязанностей сторон по предварительному договору заключить в будущем основной договор в соответствии с предварительным. Неисполнение этих обязанностей влекло для сторон те же последствия, что и неисполнение обеспеченного задатком обязательства по любому

гражданско-правовому договору (ст. 1600). Как и в предыдущем случае, полагаем, что действующий ГК, хоть и не содержит аналогичных норм, но не исключает возможности обеспечения задатком предварительного договора (ст, 429).

В советский период развития гражданского законодательства нормы е задатке включались во все кодифицированные акты. Однако при этом преследовалась цель не обеспечить эффективное применение данного способа обеспечения исполнения договорных обязательств в реальном имущественном обороте, а скорее сохранить этот традиционный гражданско-правовой институт для следующих поколений цивилистов. Так, в ГК 1964 г. практически все принципиальные правила о задатке были сконцентрированы в одной статье (ст. 209), видимо, без расчета на широкое применение, о чем свидетельствовала другая статья, включенная в тот же Кодекс, ограничивающая сферу применения задатка лишь обязательствами между гражданами или с их участием (ст. 186). Использование задатка в отношениях между т.н. социалистическими организациями было запрещено еще в 1930 г. постановлением ВЦИК и СНК СССР от 30 января 1930 г. «О кредитной реформе»'.

Несмотря на то что ГК 1964 г. не устанавливал препятствий для применения задатка в отношениях между гражданами, как отмечалось в юридической литературе, и в этих отношениях указанный способ обеспечения исполнения обязательств не пользовался популярностью: кроме сдачи в наем дачных помещений и иногда покупки домов, граждане к задатку почти не прибегали. Практически не применялся задаток также в отношениях между организациями и гражданами. Только те социалистические организации, которым было разрешено участвовать в сфере внешней торговли, иногда выплачивали и получали авансы и задатки при совершении внешнеторговых операций2. Такое положение было результатом жесткой регламентации деятельности социалистических организаций, которое исключало широкое применение любых гражданско-правовых институтов, покушающихся на господство принципов реального исполнения обязательств (а на самом деле – плановых заданий), нищетой советских граждан и той пассивной ролью, которая отводилась им в имущественном обороте,

' См.: СЗ СССР. 1930. №8. Ст. 98. 2 См., например: Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 169-170.

И тем не менее в условиях, когда нормы о задатке были скорее «музейным экспонатом», нежели реальным средством регулирования имущественных отношений, к чести цивилистики российская гражданско-правовая доктрина не стояла на месте. Именно в советский период более содержательным стал взгляд на значение и функции задатка в имущественном обороте. К примеру, О.С.Иоффе отмечает, что задаток выполняет не две (как представлялось российским дореволюционным цивилистам), а три функции. «Во-первых, уплата задатка служит доказательством самого факта заключения договора, и, если она оформлена письменно... нельзя оспаривать этот факт, хотя бы договор не был облечен в требуемую законом письменную форму. Во-вторых, задаток выполняет платежную функцию, так как вносится и засчитывается в счет причитающихся по договору платежей. В-третьих, задаток является способом, обеспечивающим выполнение обязательства, и в этом состоит его главная, основная функция»'.

В связи с выделением третьей функции задатка (платежной) в литературе проводилось четкое отграничение задатка от аванса. Аванс, также как и задаток, служил доказательством, удостоверяющим факт заключения договора (доказательственная функция), а также засчитывался в счет будущих платежей (платежная функция), но он не мог быть признан одним из способов

обеспечения исполнения обязательств. Сторона, выдавшая аванс, имела право требовать его возвращения практически во всех случаях неисполнения договора, а сторона, получившая аванс, ни при каких условиях не может быть обязана к его возвращению в большем размере2.

В соответствии с действующим сегодня ГК задатком признается сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороны, в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения (п. 1 ст. 380).

Специфические черты задатка, отличающие его от всех остальных способов обеспечения исполнения обязательств, заключаются в следующем. Во-первых, задатком могут обеспечиваться лишь обязательства, возникающие из договоров, следовательно, он не может быть использован для обеспечения деликтных обязательств, обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения, и некоторых других.

Во-вторых, задаток, являясь способом обеспечения договорного обязательства, одновременно выполняет роль доказательства заключения договора. Это означает, что, если сторонами не оспаривается факт выдачи (получения) задатка, а также если и оспаривается, но этот факт подтверждается доказательствами, договор считается заключенным. С другой сто-

Иоффе О.С. Указ. соч. С. 167.

См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под рея, С.Н. Бра-туся, О.Н. Садикова. М., 1982. С. 256; Иоффе О. С. Указ. соч. С. 168.

роны, если договором предусмотрена уплата одной из сторон задатка, то он будет считаться заключенным лишь после исполнения соответствующим

контрагентом своей обязанности. :

В-третьих, задатком может быть обеспечено только исполнение денежных обязательств. Этот вывод следует из положения о том, что задаток выдается соответствующей стороной в договорном обязательстве в счет

причитающихся с нее платежей.

Соглашение о задатке независимо от его суммы должно быть заключено в письменной форме.

Если же говорить о новых (по сравнению с ГК 1964 г.) положениях в

части задатка, содержащихся в действующем сегодня ГК, то прежде всего необходимо отметить значительное расширение сферы договорных обязательств, исполнение которых может обеспечиваться задатком. Ранее, как отмечалось, этим способом могли обеспечиваться лишь такие договорные обязательства, в которых хотя бы одной из сторон являлся гражданин (ст. 186 ГК 1964 г.). В связи с этим обычно задаток применялся при заключении гражданами договоров найма нежилых помещений в домах, принадлежащих гражданам на праве личной собственности, договоров подряда и т.п. Теперь ограничения обязательств, обеспечиваемых задатком, в зависимости от их субъектного состава устранены. Задаток может выступать в качестве способа обеспечения также договорных обязательств, сторонами в которых являются и юридические лица, и индивидуальные предприниматели.

Кроме того, ГК дополняет правовое регулирование задатка положениями, определяющими судьбу денежной суммы, внесенной в качестве задатка в двух конкретных случаях, а именно: когда имеются

сомнения в том, является ли уплаченная сумма задатком (в частности, вследствие несоблюдения правила о простой письменной форме соглашения о задатке), в этом случае внесенная денежная сумма признается авансом, если не будет доказано другое (п. 3 ст. 380); когда обязательство, обеспеченное задатком прекращается по основаниям, установленным законом, до начала его исполнения, в этом случае уплаченная денежная сумма должна быть возвращена стороне, внесшей задаток (п. 1 ст. 381).

Что касается значения задатка как способа обеспечения договорного обязательства, то оно состоит в том, что задаток прежде всего имеет целью предотвратить неисполнение договора. Этой цели служат нормы о последствиях неисполнения обязательства, обеспеченного задатком. Если за неисполнение обязательства ответственна сторона, предоставившая задаток, денежная сумма, внесенная в качестве задатка, остается у другой стороны. Если же за неисполнение обязательства ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить стороне, внесшей задаток, двойную сумму задатка (п. 2 ст. 381). Следует подчеркнуть, однако, что названные правила

применяются лишь в ситуации, когда соответствующее обязательство не исполнено сторонами в полном объеме, и не распространяются на случаи ненадлежащего исполнения договорных обязательств.

Неисполнение обязательства, естественно, влечет и возмещение убытков. На этот счет ГК содержит положение, определяющее соотношение убытков и денежной суммы, внесенной в качестве задатка: если в договоре не предусмотрено иное, убытки подлежат возмещению с зачетом суммы задатка (часть вторая п. 2 ст. 381). Это означает, что, если за неисполнение договора отвечает сторона, предоставившая задаток, она должна возместить убытки в части, превышающей сумму задатка. В случаях, когда за неисполнение договора отвечает сторона, получившая задаток, другая сторона в обязательстве, предоставившая задаток, может потребовать уплаты двойной суммы задатка и, сверх того, возмещения убытков в части, превышающей однократную сумму задатка.

Приходится с сожалением констатировать, что и в современных условиях нет свидетельств широкого применения задатка в целях обеспечения исполнения договорных обязательств как в отношениях между организациями, так и в обязательствах с участием граждан, Однако, учитывая отсутствие в настоящее время каких-либо законодательных барьеров, препятствующих активному использованию задатка участниками имущественного оборота, данное обстоятельство можно объяснить экономическими причинами, и в частности недостатком денежных средств у организаций в силу инфляции, а также определенной инерцией советского периода.

Вместе с тем в последние годы задаток активно применялся при проведении различных конкурсов и аукционов, в том числе и в порядке, предусмотренном законодательством о приватизации.

Так, например, при продаже предприятия в процессе приватизации по конкурсу или на аукционе сумма задатка для участников устанавливается в размере 100% начальной цены объекта, но не более 10000-кратного размера предусмотренной законодательством Российской Федерации минимальной оплаты труда'.

Правом участия в конкурсах, проводимых при продаже государственных предприятий-должников, обладают любые физические и юридические (в том числе иностранные) лица, не являющиеся ограничиваемыми лицами. своевременно подавшие документы и внесшие в установленном порядке задаток в размере 100% от начальной стоимости предприятия3.

См.: Государственная программа приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации. Утвержденная Указом Президента Российской Федерации//САПП РФ. 1994. № 1. Ст. 2.

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1,994. № 7. Ст. 694.

- Еще один пример – Положение о порядке передачи для завершения строительства и продажи не завершенных строительством жилых домов'. В нем подробно урегулированы вопросы, возникающие в проводимых в подобных случаях конкурсах. Так, сумма задатка для участия в конкурсе составляет 10 процентов стоимости достройки объекта. Если победитель конкурса отказывается от последующего заключения договора купли-продажи или договора на достройку объекта, результаты конкурса аннулируются и внесенный задаток ему не возвращается. Задаток, внесенный победителем конкурса, включается в сумму его платежа. Всем остальным участникам конкурса внесенные ими задатки возвращаются в течение 10 дней с момента подписания итогового протокола конкурса.

Действующий сегодня ГК включает в себя императивные нормы, обязывающие участников публичных торгов вносить задаток в размере, сроки и порядке, которые указаны в извещении о проведении торгов. Если торги не состоялись, задаток подлежит возврату. Задаток возвращается также лицам, которые участвовали в торгах, но не стали победителями, Что же касается победителя торгов, то сумма внесенного им задатка засчитывается в счет исполнения обязательств по заключаемому с ним договору. Уклонение победителя от подписания протокола о результатах торгов влечет утрату им внесенного задатка; организатор торгов, уклонившийся от подписания протокола, обязан возвратить победителю торгов задаток в двойном размере, а также возместить ему убытки, причиненные участием в торгах, в части, превышающей сумму задатка (пп. 4 и 5 ст. 448).

См.: Собрание законодательства Российской Федерации, 1994. № 7. Ст. 693.

ГЛАВА VII. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

1. НЕКОТОРЫЕ ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Понятие гражданско-правовой ответственности

Вопрос о понятии гражданско-правовой ответственности многие годы является спорным в юридической науке. Нам уже приходилось отмечать, что а гражданском праве многие понятия употребляются в самых различных целях, что предопределяет и смысл соответствующего понятия. Сказанное в полной мере относится и к понятию «гражданско-правовая ответственность)). Этим прежде всего и объясняется множественность точек зрения относительно сущности этого понятия, высказанных в юридической литературе. Дело в том, что предлагаемые выводы зависят нередко от избранного аспекта исследования этого неоднозначного понятия.

В тех случаях, когда гражданско-правовая ответственность рассматривалась правоведами как вид

социальной ответственности, они неизбежно приходили к необходимости выделения в качестве существенных признаков этого понятия таких его черт, которые позволяют отделить юридическую (в том числе гражданско-правовую) ответственность от иных видов социальной ответственности: моральной, экономической и т.п. Такой подход приводит авторов к выводу о том, что гражданско-правовая ответственность представляет собой форму государственного принуждения. Например, В.П. Грибанов определял гражданско-правовую ответственность, как одну из форм государственного принуждения, связанную с применением санкций имущественного характера, направленных на восстановление нарушенных прав и стимулирование нормальных экономических отношений юридически равноправных участников гражданского оборота'.

Б.И. Пугинский отмечал, что, «хотя ответственность может быть реализована в бесспорном (неисковом) порядке и даже добровольно возложена на себя должником путем уплаты суммы неустойки или убытков потерпевшей стороне, это не меняет ее государственно-принудительного характера»2.

См.; Гражданское право: Учебник. В 2-х т. Т. 1 / Под ред. Е.А. Суханова. М.: БЕК, 1993. С.172-173.

Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М.:

Юрид.лит., 1984. С. 137.

В то же время нельзя не заметить, что государственное принуждение, принудительный характер присущи всякой санкции, которая, собственно говоря, и представляет собой основанную на правовой норме принудительную меру. Однако, как правильно отмечал О.С. Иоффе, не всякая санкция есть мера юридической ответственности. Ответственность – это санкция за правонарушение, но санкция отнюдь не всегда означает ответственность. Когда, например, имущество изымается из чужого незаконного владения в принудительном порядке, утверждал О.С. Иоффе, налицо санкция как следствие правонарушения. Но такая санкция не будет ответственностью потому, что не связана с какими-либо лишениями для нарушителя, у которого изымается вещь, ему не принадлежащая. Ответственность же – это не просто санкция за правонарушение, а такая санкция, которая влечет определенные лишения имущественного или личного характера'.

Н.Д. Егоров также рассматривает гражданско-правовую ответственность как санкцию, применяемую к правонарушителю в виде возложения на него дополнительной гражданско-правовой обязанности или лишения принадлежащего ему гражданского права. Он же отмечает в качестве недостатка определения понятия гражданско-правовой ответственности как государственного принуждения то, что такое определение «оставляет за чертой гражданско-правовой ответственности добровольное возмещение должником убытков кредитору или уплату неустойки, если они произведены не под угрозой принуждения, а в силу внутренней убежденности должника в необходимости возмещения убытков, уплаты неустойки и т.п.2 Правда, последнее замечание вызывает возражения, поскольку в той же мере, как к гражданско-правовой ответственности, оно относится и к определению понятия «санкция».

Некоторые авторы предлагают выделять так называемую позитивную ответственность, под которой разумеется неуклонное строгое, предельно инициативное осуществление всех обязанностей3. Однако представляется, что в таком аспекте понятие ответственности теряет юридическое значение.

Примером беспредельно широкого подхода к понятию «юридическая ответственность», влекущего утрату этим понятием всякого практического значения, является точка зрения В.А, Тархова, по

мнению которого, юридическая ответственность – «регулируемая правом обязанность дать отчет в своих действиях»4,

^

' См.: Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во ЛГУ, 1955. С. 7-8; Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 95.

2 См.: Гражданское право: Учебник Часть 1 / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П..Сергеева. М-: ТЕИС, 1996. С. 480-481.

3 См., например: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. I. М., 1972. С. 371.

4 См.: Тархw В.А. Ответственность по советскому праву. Саратов, 1973. С. 8-11.

Наряду с чрезвычайно широким подходом к понятию гражданско-правовой ответственности в юридической литературе встречаются и оггре-^ деления этого понятия в тесном смысле. В основном такой подход отмечается в позиции авторов, анализирующих чисто практические аспекты понятия «гражданско-правовая ответственность», связанные с применением соответствующих правовых норм, предусматривающих ответственность за нарушение договорного обязательства. В таких работах гражданско-правовая ответственность рассматривается как обязанность должника, допустившего нарушение обязательства, возместить кредитору причиненные убытки и уплатить установленную законом либо предусмотренную договором неустойку. Например, М.И. Брагинский отмечает, что «ответственностью за нарушение обязательства называют установленные законом меры имущественного воздействия на должника, нарушившего обязательство. Существуют две формы ответственности за нарушение обязательства... во-первых, возмещение причиненных убытков и, во-вторых, уплата неустойки»'.

Принимая во внимание, что комплексное исследование всех проблем такого сложного явления, как гражданско-правовая ответственность, что конечно же потребовало бы освещения всех точек зрения, высказанных в юридической литературе по поводу существа понятия и характерных признаков гражданско-правовой ответственности, не составляет предмет настоящей работы, ограничимся определением понятия гражданско-правовой ответственности, данным О.С. Иоффе, поскольку, на наш взгляд, это определение наиболее оптимальным образом отражает сущность раскрываемого понятия.

Итак, О.С. Иоффе утверждал, что гражданско-правовая ответственность есть санкция за правонарушение, вызывающая для нарушителя отрицательные последствия в виде лишения субъективных гражданских прав либо возложения новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей2.

Можно также вслед за В.П. Грибановым3 выделить некоторые специфические черты (особенности) гражданско-правовой ответственности, позволяющие отграничить ее от иных видов юридической ответственности и подчеркивающие ее гражданско-правовой характер.

Во-первых, это имущественный характер гражданско-правовой ответственности. Применение гражданско-правовой ответственности всегда связано с возмещением убытков, взысканием причиненного ущерба, упла-

Гражданское право России: Курс лекций. Часть первая. / Под ред. О.Н. Садикова. М.: Юрид. лит.,

1996. С. 269; см. также: Витрянский В.S. Договоры: порядок заключения, изменения и расторжения. Новые типы. М., 1995. С. 98.

См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 97. 3 См.: Гражданское право: Учебник. В 2-х т. Т, 1. С. 171-172.

той неустоек (штрафов, пеней). Даже в тех случаях, когда допущенное правонарушение затрагивает личные неимущественные права или причиняет потерпевшему липу – субъекту нарушенного гражданского права физические или нравственные страдания (моральный вред), применение гражданско-правовой ответственности будет означать присуждение потерпевшему лицу соответствующей денежной компенсации в форме возмещения убытков, морального вреда или взыскания причиненного ущерба.

Во-вторых, ответственность по гражданскому праву представляет собой ответственность одного участника гражданско-правовых отношений перед другим, ответственность правонарушителя перед потерпевшим. Это связано с тем, что гражданское право регулирует отношения, складывающиеся между равноправными и независимыми (автономными) субъектами. В имущественном обороте нарушение обязанностей одним участником всегда влечет за собой нарушение прав другого участника. Поэтому имущественная санкция, применяемая за допущенное нарушение, всегда имеет своей целью восстановление или компенсацию нарушенного права потерпевшего. Те же отдельные случаи, когда законодательство предусматривает обращение санкций в пользу государства, представляют собой исключение, подтверждающее общее правило, и свидетельствуют о том, что допущенное правонарушение затрагивает интересы государства и общества (публичные интересы), что и предопределяет применение мер принуждения конфиска-ционного характера. Примером тому могут служить санкции за совершение сделки, противоречащей основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК); принудительный выкуп бесхозяйственно содержимых культурных ценностей, отнесенных в соответствии с законом к особо ценным и охраняемым государством (ст. 240 ГК); изъятие у собственника домашних животных, с которыми он обращается в явном противоречии с установленными на основании закона правилами и принятыми в обществе нормами гуманного отношения к животным (ст. 241 ГК); конфискация имущества (ст. 243 ГК) и некоторые другие.

В-третьих, одна из основных особенностей гражданско-правовой ответственности состоит в соответствии размера ответственности размеру причиненного вреда или убытков, В известной мере можно говорить о пределах гражданско-правовой ответственности, которые предопределяются ее компенсационным характером и вследствие этого необходимостью эквива^ лентного возмещения потерпевшему причиненного ему вреда или убытков, ибо конечная цель применения гражданско-правовой ответственности состоит в восстановлении имущественной сферы потерпевшей стороны. Следует, правда, отметить, что в законодательстве имеются отдельные положения, свидетельствующие о заведомо неэквивалентном по отношению к

убыткам, причиненным в результате правонарушения, характере применяемых мер имущественной ответственности. Но и данное обстоятельство, как и в предыдущем случае, носит исключительный характер и лишь подчеркивает действие общего правила. Иллюстрацией к сказанному могут служить нормы о штрафной неустойке (ст. 394 ГК), когда убытки могут быть взысканы в полном объеме сверх законной или договорной неустойки. К примеру, в соответствии с Федеральным законом «О поставках продукции для федеральных государственных нужд» (п. 3 ст. 5) в случае невыполнения в

установленный срок государственного контракта по объему продукции поставщик уплачивает покупателю неустойку в размере 50 процентов от стоимости недопоставленной продукции. Неустойка взыскивается до фактического исполнения обязательств с учетом недопоставленного количества продукции в предыдущем периоде поставки. При невыполнении обязательств по государственному контракту кроме уплаты неустойки поставщики возмещают также понесенные покупателем убытки.

Нетрудно заметить, что и в данном случае явно несоразмерный допущенному нарушению объем ответственности призван защищать именно публичные интересы, –.

В-четвертых, особенностью гражданско-правовой ответственности яв-1 ляется применение равных по объему мер ответственности к различным. участникам имущественного оборота за однотипные правонарушения. Укаь занная особенность продиктована необходимостью обеспечения последовательного проведения принципа равноправия участников гражданско-правовых отношений (ст. 1 ГК).

Хорошо известно, что ранее некоторые участники имущественного оборота, и прежде всего государственные организации, пользовались необоснованными льготами и преимуществами при применении к ним мер имущественной ответственности. Распространенным явлением были законодательные ограничения ответственности, к примеру, в отношении транспортных, энергоснабжающих, строительных организаций. Более того, в 80-х-начале 90-х годов союзным и российским правительствами широко практиковалось освобождение предприятий целых отраслей народного хозяйства от уплаты неустоек за срыв договорных обязательств.

Последовательное проведение принципа равноправия участников имущественного оборота, в том числе и в деле применения имущественной ответственности, стало возможным лишь в условиях действия нового Гра-

' , if–»

жданского кодекса Российской Федерации, предусматривающего конкрет^ ные положения, обеспечивающие равноправие субъектов гражданско-правовых отношений. Даже в отношении государства и иных публичных образований предусмотрено, что они выступают в отношениях, регулируемых

гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юридическими лицами (ст. 124 ГК).

В случаях, когда государственные органы, органы местного самоуправления и их должностные лица, осуществляя властные полномочия, совершают незаконные действия (бездействие), нарушающие права граждан или юридических лиц, последние наделены правом потребовать возмещения убытков непосредственно за счет соответствующего публичного образования (ст. 16 ГК). В постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 12) содержится разъяснение, согласно которому в случае предъявления гражданином или юридическим лицом требования о возмещении убытков, причиненных в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, ответчиком по такому делу должны признаваться Российская Федерация, соответствующий субъект Российской Федерации или муниципальное образование в лице

соответствующего финансового или иного управомоченного органа. Однако предъявление гражданином или юридическим лицом иска непосредственно к государственному органу или к органу местного самоуправления, допустившему соответствующее нарушение, не может служить основанием к отказу в принятии искового заявления либо к его возвращению без рассмотрения. В этом случае суд привлекает в качестве ответчика по делу соответствующий финансовый или иной управомоченный орган. При удовлетворении иска взыскание денежных сумм производится за счет средств соответствующего бюджета, а при отсутствии денежных средств – за счет иного имущества, составляющего соответствующую казну.

Если же из существа правоотношений следует необходимость ограничения ответственности. Кодекс вводит такие ограничения применительно к отдельным видам обязательств в равной степени в отношении обеих сторон соответствующего обязательства, а не применительно к отдельным категориям субъектов, как это имело место ранее. Иллюстрацией к сказанному могут служить нормы ГК, регулирующие различные виды обязательств: в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору энергоснабжения сторона, нарушившая обязательство (как энергоснабжающая организация, так и абонент), обязана возместить причиненный этим реальный ущерб (п. 1 ст. 547); соглашения транспортных организаций с пассажирами и грузовладельцами об ограничении или устранении установленной законом ответственности перевозчика недействительны, за исключением случаев, когда возможность таких соглашений при перевозках

груза предусмотрена транспортными уставами и кодексами (п. 2 ст. 793) и некоторые другие.

В отдельных случаях ГК отходит от принципа равной ответственности участников имущественного оборота. Однако, как уже отмечалось, это объясняется необходимостью обеспечения защиты слабой стороны в гражданско-правовых отношениях либо более жесткими требованиями к лицу, исполняющему обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности. Так, в договорных обязательствах по контрактации сельскохозяйственной продукции производитель сельскохозяйственной продукции, в отличие от заготовителя, несет ответственность за нарушение обязательства лишь при наличии его вины (ст. 538). По договору проката арендатор, допустивший нарушения правил эксплуатации и содержания имущества, что послужило причиной недостатков в арендованном имуществе, возмещает арендодателю лишь стоимость ремонта и транспортировки имущества (п. 2 ст. 629). Покупатель по договору розничной купли-продажи, задержавший оплату товара, освобождается от уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами (п. 3 ст. 500); и напротив, в случае неисполнения продавцом обязательства по договору возмещение им убытков и уплата неустойки вопреки общему правилу, предусмотренному ст. 396 ГК, не освобождают продавца от исполнения обязательства в натуре (ст. 505).

Выявление сущности понятия гражданско-правовой ответственности делает необходимым четко отграничить это понятие от иных категорий гражданского права, которые, так же как и ответственность, применяются в связи с имеющим место нарушением субъективных гражданских прав, и нередко в качестве последствий такого нарушения.

К примеру, в Гражданском кодексе РФ содержится множество норм о последствиях нарушения своих обязанностей одним из контрагентов по договору. Так, в случае передачи продавцом покупателю товара ненадлежащего качества покупатель вправе по своему выбору потребовать от продавца: соразмерного уменьшения покупной цены; безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок; возмещения своих расходов на устранение недостатков товара. Если же недостатки

товара носят существенный характер, покупатель также вправе отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы либо потребовать замены товара (ст. 475). В случаях, когда покупатель нарушает свои обязанности по принятию и оплате товара, продавец вправе потребовать от него оплаты товара и уплаты процентов в соответствии со ст. 395 ГК либо отказаться от исполнения договора (пп. 3 и 4 ст. 486),

Если арендодатель не предоставил арендатору сданное в наем имущество в указанный в договоре аренды срок, а в случае, когда в договоре та-

кой срок не указан, в разумный срок, арендатор вправе истребовать от него это имущество и потребовать возмещения убытков, причиненных задержкой исполнения, либо потребовать расторжения договора и возмещения убытков, причиненных его неисполнением (п. 3 ст. 611).

Положение осложняется тем, что в некоторых случаях подобные последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договорных обязательств именуются в ГК ответственностью- Примером может служить ст. 723 «Ответственность подрядчика за ненадлежащее качество работы». Согласно этой статье, в случаях, когда работа выполнена подрядчиком с отступлениями от договора подряда, ухудшившими результат работы, или с иными недостатками, которые делают его непригодным для предусмотренного в договоре использования, заказчик вправе по своему выбору потребовать от подрядчика: безвозмездного устранения недостатков в разумный срок; соразмерного уменьшения установленной за работу цены; возмещения своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика устранять их предусмотрено в договоре подряда. Если же отступления в работе от условий договора подряда или иные недостатки результата работы в установленный заказчиком разумный срок не были устранены либо являются существенными и неустранимыми, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных убытков.

В приведенных примерах ГК называет в качестве последствий допущенных нарушений договорных обязательств не только меры имущественной ответственности (возмещение убытков), но и последствия иного рода. Некоторые из них могут быть отнесены к числу мер, понуждающих нарушителя к надлежащему исполнению обязательств: устранение недостатков в товаре или в результате выполненной работы; возмещение расходов, понесенных контрагентом на их устранение; замена недоброкачественных товаров; другие представляют собой меры оперативного воздействия, т.е. право потерпевшей стороны на односторонние действия, которые порождают юридические последствия: отказ от товаров; отказ от исполнения договора, что равносильно его одностороннему расторжению.

Проблемы соотношения мер имущественной ответственности с мерами понуждения к надлежащему исполнению обязательств, а также с мерами оперативного воздействия ранее исследовались юридической наукой, Например, О.С. Иоффе отмечал, что понуждение к реальному исполнению обязательств нельзя считать мерой ответственности. Обязанность реального исполнения вытекает непосредственно из самого обязательства. И если бы только ею ограничивались последствия правонарушения, это было бы равносильно полной безответственности нарушителя, который как до, так и после нарушения нес бы одну и ту же обязанность – выполнить принятое на

себя обязательство. Поскольку ответственность всегда составляет определенный вид имущественных или личных отношений, она должна выражаться в каком-то дополнительном бремени, тем самым вызывая для нарушителя определенные отрицательные последствия. Конкретными видами таких последствий могут быть замена неисполненной обязанности новой (например, обязанностью

возместить вред), присоединение к нарушенной обязанности дополнительной (например, обязанности помимо исполнения нарушенного договора возместить причиненные неисполнением убытки), лишение права, из которого вытекала нарушенная обязанность (например, при судебном изъятии в доход государства жилого строения, когда собственник не выполняет обязанности по его ремонту)'.

Анализируя проблему соотношения мер имущественной ответственности и мер понуждения должника к надлежащему исполнению обязательств, нельзя не отметить, что на протяжении долгих лет в гражданском законодательстве и в юридической литературе «господствовал» принцип реального исполнения обязательств. В качестве юридической формулы, воплощающей этот принцип, можно привести редакцию ст. 221 и 191 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. Согласно ст. 221, «возмещение убытков, причиненных ненадлежащим исполнением обязательства, не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре, кроме случаев, когда плановое задание, на котором основано обязательство между социалистическими организациями, утратило силу». В соответствии со ст. 191 ГК 1964 г. «уплата неустойки (штрафа, пени), установленной на случай просрочки или иного ненадлежащего исполнения обязательства, не освобождает должника от исполнения обязательства в натуре, кроме случаев, когда плановое задание, на котором основано обязательство между социалистическими организациями, утратило силу». Обе эти нормы содержались также и в ст. 36 Основ гражданского законодательства 1961 г. Таким образом, уплата неустойки и возмещение убытков не освобожали должника от выполнения обязательства в натуре. В этом и состоял принцип реального исполнения обязательства в натуре.

Должник, не исполнивший обязательство и уплативший за это убытки и неустойку, попадал в положение бесправного раба, который периодически подстегивался санкциями, «стимулирующими» его к исполнению обязательства. Более того, на такого должника всей своей мощью «наваливалось» и государство, заставляя его исполнить обязанности по договору перед контрагентом. И скажем прямо, государство выполняло эту задачу небескорыстно. Дело в том, что в подобных случаях у государства появлялась возможность взыскивать с должника неустойки (штрафы, пени) в повы-

См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 97.

шенном размере, зачисляя их в бюджет. Иллюстрацией к сказанному может служить, например, постановление Совета Министров СССР от 27 октября 1967 г. № 988 «О материальной ответственности предприятий и организаций за невыполнение заданий и обязательств»*, наделившее органы арбитража правом взыскивать со стороны по договору, грубо нарушившей его условия, неустойку, штраф и пеню в повышенном до 50 процентов размере, с обращением этой части взысканных сумм в доход союзного бюджета (п. 31 постановления).

Госарбитраж СССР, в свою очередь, в своих инструктивных указаниях от 28 декабря 1967 г. № И 1-59 о работе арбитражей по выполнению постановления Совмина СССР разъяснил, что грубым нарушением условий договора следует считать неоднократное нарушение обязательств, длительные задержки в их выполнении, причинение невыполнением обязательств существенного ущерба кредитору и народному хозяйству, умышленное нарушение договора, а также непринятие мер к предотвращению или уменьшению ущерба2.

При подготовке проекта нового Гражданского кодекса было учтено, что ничем не ограниченное применение к договорным обязательствам мер, понуждающих должника к исполнению обязанности в натуре, не соответствовало новым условиям имущественного оборота. Принцип реального исполнения обязательств был уместен в условиях жесткого централизованного планирования

производства и распределения материальных ценностей, а также монополизированного имущественного оборота, когда субъекты хозяйствования могли добиться надлежащего материально-технического обеспечения производства лишь на основе фондового извещения (наряда, плана прикрепления), В тех условиях контрагент по договору (зачастую единственный производитель комплектующих изделий) и в целом структура договорных связей определялись, как правило, плановым актом. Естественно, сбой в поставках в каком-то одном звене ставил под сомнение эффективность всей цепочки договорных отношений.

В современных рыночных условиях, когда участники имущественного оборота располагают реальной возможностью выбора контрагента, неограниченное применение принципа реального исполнения обязательств применительно к договорным отношениям стало невозможным. Кроме того, арбитражно-судебная практика со всей очевидностью свидетельствовала о неэффективности принимаемых решений, понуждающих должника к исполнению в натуре обязательства, которое в установленный договором срок

' СП СССР. 1967. № 28. Ст. 186

2 См.: Систематизированный сборник инструктивных указаний Государственного

арбитража при Совете Министров СССР. М.: Юрид. лит., 1983. С. 58.

не было исполнено в полном или значительном объеме. Подобная практика не учитывала интересы сторон, отнимала у должника всякую надежду «откупиться от кредитора» путем возмещения понесенных им убытков.

Отмеченные обстоятельства послужили основной причиной соответствующего изменения гражданско-правового регулирования, в результате которого теперь можно говорить о сохранении лишь некоторых элементов принципа реального исполнения обязательств применительно к отдельным;

случаям.

Как известно, нарушение гражданских прав, возникших из обязательства (нарушение обязательства), может иметь место в виде неисполнения обязательства либо его ненадлежащего исполнения. Ранее, в условиях безраздельного господства в гражданско-правовых отношениях принципа реального исполнения, приведенная дифференциация нарушений обязательства не имела практического значения. В настоящее же время характер нарушения;

обязательства (неисполнение или ненадлежащее исполнение) нередко предопределяет выбор кредитором способа защиты нарушенных прав.

Дело в том, что ГК по-новому решает вопрос о соотношении обязанности должника нести ответственность за нарушение своих обязательств и его же обязанности исполнить это обязательство в натуре. Особой остротой отличается эта проблема в ситуации, когда в качестве меры ответственности применяется длящаяся неустойка (пени). В самом деле, как быть в случае, когда должник, допустивший нарушение обязательств, уже уплатил за это и убытки и неустойку? Может ли кредитор предъявлять свои требования второй, третий, четвертый раз и т.п.? До каких пор можно начислять пени в связи с неисполнением обязательств? Суть нового подхода заключается в различном регулировании двух разных ситуаций,

Во-первых, если уплата неустойки и возмещение убытков вызваны ненадлежащим исполнением обязательства, должник не освобождается от исполнения обязательства в натуре. Следовательно, обязательство продолжает существовать в прежнем виде, а кредитор сохраняет за собой право. требовать от должника не только исполнения обязательства в натуре, но и уплаты неустойки и возмещения убытков в отношении последующих периодов. В данном случае, как и прежде, законодатель исходит из принципа реального исполнения.

Во-вторых, если уплата неустойки и возмещение убытков вызваны неисполнением обязательства, должник освобождается от исполнения обязательства в натуре. Естественно, потери кредитора должны быть в полной мере компенсированы путем возмещения убытков. Однако очевидно и то, что в данном случае обязательство прекращается, а кредитор лишается возможности предъявить какие-либо требования должнику.

Довольно значительная дистанция между правовыми последствиями возмещения должником убытков и уплаты им неустойки соответственно в первом и втором случаях вызывает необходимость уяснить отличия между неисполнением обязательства и его ненадлежащим исполнением.

При первом, грубом приближении к данной проблеме можно отметить, что в качестве ненадлежащего исполнения обязательства можно квалифицировать ситуации, когда должник исполнил свое обязательство в полном объеме, но ненадлежащим образом, например: продавцом переданы покупателю товары ненадлежащего качества либо некомплектные; подрядчик сдал заказчику объект с недоделками; перевозчик выдал получателю груз, поврежденный при транспортировке и т.п.

Факт неисполнения обязательства, безусловно, имеет место, когда должник к сроку, когда обязательство должно быть исполнено, не приступил к его исполнению.

Вместе с тем некоторые нарушения обязательств остаются за рамками названных групп, например исполнение обязательства не в полном объеме. В подобных ситуациях нарушение обязательства должно оцениваться, видимо, в зависимости от конкретных обстоятельств. Нельзя не видеть разницы между недопоставкой товаров в размере одного процента или девяносто девяти процентов от количества, предусмотренного договором. Если в первом случае можно говорить об исполнении обязательства с некоторыми отступлениями от условия договора о количестве подлежащих поставке товаров (ненадлежащее исполнение), то во втором случае правильным будет вывод о неисполнении должником обязательств.

Помимо характера допущенного нарушения при неисполнении обязательства принципиальное значение для кредитора, чье право нарушено, имеют последствия применения избранного им способа защиты: предъявив иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре (если такое исполнение возможно), кредитор сохраняет за собой право требовать от должника и уплаты неустойки за последующие периоды. Заявив иск о возмещении убытков, кредитор тем самым прекращает обязательство и лишает себя возможности впоследствии предъявлять должнику какие-либо требования. Таким образом, в данном случае критериями выбора оптимального способа защиты нарушенного права для кредитора служат характер допущенного нарушения и возможные последствия применения соответствующего способа защиты, обеспечивающие соблюдение интересов кредитора в той или иной конкретной ситуации.

В.П. Грибанов отмечал, что наряду с гражданско-правовой ответственностью гражданскому праву свойственны и иные формы и способы воздействия на поведение людей. Например, меры

оперативного воздействия,

государственно-принудительные меры превентивного и регулятивного характера, которые не могут быть отождествлены с юридической ответственностью, поскольку не отвечают признакам ответственности'.

Отмечалось также, что меры оперативного воздействия представляют собой особые специфические способы правового реагирования на нарушения обязательств и что они должны отграничиваться от имущественной ответственности2.

Некоторые авторы, напротив, подчеркивали единую природу мер оперативного воздействия и имущественной ответственности. Например, В.М. Огрызков определяет меры оперативного воздействия как «оперативные санкции», видит их отличие от денежных санкций единственно в возможности односторонней (собственными действиями сторон в обязательстве) реализации3.

В связи с этим Б.И. Пугинский отмечает, что меры оперативного воздействия существенно отличаются от ответственности в общепринятом понимании этого термина, имеют иную природу. «Применение оперативных мер, как правило, не создает для сторон нового, дополнительного к нарушенному, правоотношения. Принятие таких мер предполагает наличие договора... между сторонами, тогда как имущественная ответственность может наступать независимо от существования указанных отношений»4. Ю.Г. Басин и А.Г. Диденко видят отличие мер оперативного воздействия от ответственности в неимущественном содержании большинства из них:

«Имущественная ответственность сводится ко взысканию с правонарушителя в пользу потерпевшего определенной денежной суммы, которая не взыскивалась бы при надлежащем исполнении обязанностей. Имущественные последствия при применении мер оперативного воздействия наступают лишь как попутный результат»5.

Б.И. Пугинский исключает возможность определять меры оперативного воздействия как санкции, «ибо хотя они и являются реакцией на правонарушение, но не требует использования государственного принуждения. Оперативное воздействие оказывается контрагентами друг на друга непо-

См.: Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. М., 1973. С.38-39. ;

2 См.; Грибанов В.П. Пределы применения мер оперативного характера цри поставках продукции // Сов. юстиция. 1968. № 7. С. 4.

См.: Огрызков В.М. Пределы применения мер оперативного характера при поставках продукции // Сов. юстиция. 1968. № 7. С. 4.

Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. С.143-144.

Басин Ю.Г., Диденко А.Г. Дисциплинирующее значение оперативных санкций // Сов. государство и право. 1983. № 4. С. 52.

средственно, без обращения к правоохранительным органам, тогда как применение санкций не может существовать вне деятельности таких органов. Средства оперативного воздействия применяются субъектами не от имени государства, а от своего имени, в их действиях реализуются не государственные, а собственные... интересы»'.

Анализируя проблему отличия мер имущественной ответственности от мер оперативного воздействия, нельзя не отметить возрастание роли по-. следних в регулировании имущественного оборота. Это связано, прежде всего, с появлением в тексте ГК норм о встречном исполнении обязательств, предоставляющих беспрецедентные права субъекту встречного исполнения обязательств по применению мер оперативного воздействия к;

контрагенту, не предоставившему обусловленное договором исполнение обязательства.

В практике арбитражных судов и судов общей юрисдикции нередко возникали дела по спорам, связанным с неисполнением или ненадлежащим исполнением различных договоров: купли-продажи, поставки, подряда и т.п., которые объединяла одна характерная черта: сторона, обязанная исполнить обязательство (должник), ссылалась на то, что кредитор, требующий исполнения, сам не исполнил свое обязательство, предусмотренное этим же договором. Например, по договору поставки на покупателе лежала обязанность предварительной оплаты подлежащих поставке товаров; по договору на капитальное строительство заказчик должен был согласовать в установленном порядке проектно-сметную документацию и передать ее подрядчику и т.п. В подобных случаях суды могли руководствоваться только условиями договора, поскольку какое-либо регулирование таких отношений отсутствовало. Нередко спасали должников их доводы о невозможности исполнения обязательства, возникшей вследствие неисполнения своих обязанностей контрагентом. Действительно, как можно приступать к строительству объекта капитального строительства, не располагая проект-но-сметной документацией? Однако в некоторых случаях, к примеру когда поставщик исполнял обязательство по поставке товаров лишь частично,. ссылаясь на то, что и покупатель оплатил товары тоже не в полном объеме, легальных оснований к освобождению его от ответственности не имелось.

Подобные проблемы теперь решаются на основе содержащихся в ГК положений о встречном исполнении обязательства (ст. 328).

Встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое в соответствии с договором обусловлено исполнением обязательств другой стороной, иными словами, встречное исполнение обязательства -такое исполнение, которое должно производиться одной из сторон лишь

' Пугинский Б.И. Указ. соч. С, 144.

после того, когда другая сторона исполнила свое обязательство. Необходимым условием признания встречного исполнения обязательства является то, что такая обусловленность последовательности исполнения сторонами своих обязательств должна быть прямо предусмотрена договором. Редакция соответствующего условия договора может быть различной: положение об обусловленности исполнения обязательств может быть выражено прямым указанием на то, что исполнение обязательства осуществляется только после исполнения другой стороной своего обязательства; возможен вариант, когда такая последовательность исполнения сторонами своих обязательств очевидно следует из иных условий договора; например: подрядчик приступает к выполнению работы не позже чем через месяц после поступления от заказчика суммы авансового платежа на расчетный счет подрядчика; отгрузка товаров продавцом производится в течение десяти дней со дня уплаты покупателем цены товара и т.п. Во всяком случае договор должен содержать условие, из содержания которого явно следует, что исполнение обязательства производится после того, как другая сторона исполнит свое обязательство.

Права стороны, осуществляющей встречное исполнение обязательства, поставлены в зависимость от действий другой стороны по исполнению своего обязательства.

Если обязательство не исполнено (даже частично), к примеру покупатель, обязанный уплатить цену за товар в порядке предварительной оплаты, не производит перечисления продавцу соответствующей суммы либо части суммы, сторона, на которой лежит встречное исполнение (в данном случае - продавец), имеет право по своему выбору либо приостановить исполнение своего обязательства, либо отказаться от его исполнения и потребовать возмещения убытков.

В случае же, когда обусловленное договором исполнение обязательства контрагентом предоставлено, но не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, может также реализовать свое право на приостановление исполнения либо отказ от исполнения своего обязательства, но только в части, пропорциональной обязательству, не исполненному другой стороной. Например, если покупатель, на котором лежит обязанность предварительной оплаты партии однородных товаров, уплатил продавцу лишь половину цены, продавец обязан передать ему половину от количества товаров, предусмотренных договором, и только а отношении оставшейся части товаров продавец вправе приостановить их передачу покупателю либо отказаться от исполнения договора.

Данное положение не может применяться, если законом или договором предусмотрено иное. Очевидно, что частичный отказ от исполнения

договора или частичное приостановление встречного исполнения невозможны в ситуациях, когда предметом договора купли-продажи является индивидуально-определенная либо неделимая вещь или по договору должна выполняться работа (оказываться услуга), которая не может быть выполнена без обусловленного исполнения обязательств другой стороной в полном объеме. В подобных ситуациях договором может быть предусмотрено право стороны, на которой лежит встречное исполнение, приостановить исполнение обязательства либо отказаться от его исполнения в полном объеме. Могут быть также применены правила о просрочке кредитора

(ст. 406 ГК).

Сторона, не получившая от другой стороны обусловленного исполнения, но тем не менее осуществляющая встречное исполнение своего обязательства, вправе потребовать от другой стороны исполнить ее обязательство. И это правило применяется, если договором или законом не предусмотрено иное.

Обращает на себя внимание распространение законодателем норм о встречном исполнении обязательства применительно к самым разным ситуациям, возникающим при неисполнении или ненадлежащем исполнении различных видов договорных обязательств, в том числе и при отсутствии условий, необходимых для квалификации соответствующих правоотношений в качестве встречного исполнения обязательства по общим правилам, предусмотренным ст. 328 ГК.

К примеру, в соответствии с п. 2 ст. 487 ГК в случае неисполнения покупателем предусмотренной договором купли-продажи обязанности предварительно оплатить товар применяются правила, установленные ст. 328 ГК. Однако наличие в договоре купли-продажи условия, предусматривающего обязанность покупателя оплатить товар полностью или частично до передачи продавцом товара, т.е. предварительная оплата товара, далеко не во всех случаях означает, что продавец является субъектом встречного исполнения обязательства. В таком договоре может быть определен срок передачи товара, никак не связанный с поступлением на расчетный счет продавца денежной суммы, составляющей

стоимость подлежащего передаче товара. Аналогичным образом правила о встречном исполнении обязательства, предусмотренные ст. 328 ГК, применяются также в случаях, когда в соответствии с договором мены не совпадают сроки передачи обмениваемых товаров (ст. 569); когда по договору подряда нарушение заказчиком своих обязанностей по представлению материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке вещи препятствует исполнению договора подрядчиком (ст. 719), и в некоторых других случаях.

Широкое применение положений о встречном исполнении обязательств в сочетании с предоставлением сторонам договорных обязательств' дополнительных нрав по одностороннему отказу от исполнения обязал тельств либо приостановлению такого исполнения свидетельствует о возрастающей роли мер оперативного воздействия в регулировании договорных обязательств.

Виды гражданско-правовой ответственности

В юридической науке принято дифференцировать гражданско-правовую ответственность на различные виды. При этом критерии деления могут быть избраны в зависимости от целей такой дифференциации. Мы остановимся на двух критериях, позволяющих выделить основные виды гражданско-правовой ответственности: основание возникновения ответственности и характере распределения ответственности между несколькими нарушителями.

В зависимости от основания возникновения ответственности различают договорную и внедоговорную ответственность.

Под договорной ответственностью принято понимать ответственность, наступающую в случаях неисполнения и ненадлежащего исполнения обязательства, возникшего из договора'. На языке Гражданского кодекса, договорная ответственность выражена следующим образом: «Должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства» (п. 1 ст. 393); «Если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой. Законом или договором могут быть предусмотрены случаи: когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков; когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки; когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки» (п. 1 ст. 394).

Нарушение обязательства, возникшего не из договора, а по другим основаниям, влечет внедоговорную ответственность. Такая ответственность применяется, в частности, в случае причинения вреда личности или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица, когда вред подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред (ст. 1064 ГК), вследствие неосновательного приобретения или сбережения имущества за счет другого лица (ст. 1102 ГК), и в некоторых других случаях. Несмотря на то что как деликтные обязательства, так и обязательства из неосновательно-

См., например: Гражданское право: Учебник: В 2-х т. Т. 1. С. 173; Гражданское право. Учебник: Ч. 1 / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. С. 485.

го обогащения могут возникнуть в связи с договором, основанием для применения ответственности все же является не нарушение договорных обязательств, а соответствующий факт причинения вреда либо неосновательного приобретения или сбережения чужого имущества.

Основное же различие между договорной и внедоговорной ответственностью, как принято считать,

состоит в том, что договорная ответственность наступает в случаях не только предусмотренных законом, как это имеет место при внедоговорной ответственности, но и сторонами в договоре. При заключении договора стороны вправе не только повысить ответственность в сравнении с той, что установлена законом, или понизить ее размер (в случае, если ответственность определена диспозитивной нормой), но и установить меры ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств в дополнение к определенным законом.

Однако если говорить о различии в существе между договорной и вне-договорной ответственностью, то нельзя не поддержать точку зрения О.С, Иоффе, который подчеркивал, что «внедоговорная ответственность осуществляется путем установления между сторонами особого обязательства – по возмещению причиненного вреда... Напротив, договорная ответственность особого обязательства не порождает и осуществляется путем присоединения к существующему между сторонами обязательству новой обязанности нарушителя (по возмещению убытков, уплате штрафов и т.п.)»1.

Особого рассмотрения заслуживает такой вид ответственности, как возмещение морального вреда, в том числе и в случае нарушения обязательства, возникшего из договора. Вопрос, требующий решения, можно сформулировать следующим образом: к какому виду гражданско-правовой ответственности относится возмещение морального вреда?

Ранее, в дореволюционном российском гражданском законодательстве, отсутствовали нормы о возмещении морального вреда. Более того, некоторые ведущие российские правоведы полагали недопустимой имущественную компенсацию морального вреда. К примеру, Г.Ф. Шершеневич считал, что «нравственный вред, причиненный нарушением чужого права, не поддающийся оценке на деньги, не может быть возмещен юридическими средствами, например, в случае личного оскорбления, так как между нравственным вредом и материальным вознаграждением нет общего мерила. Потому такие недозволенные нарушения субъективного права, которые не соединены с имущественным вредом, не подходят под понятие гражданского правонарушения, например случай сожительства с чужой женой, хотя

"См.: Иоффе О.С., Толстой Ю. К. Новый Гражданский кодекс РСФСР. Д.: Изд-во ЛГУ, 1965. С. 231.

практика английских судов служит примером противоположного взгляда, допускающего искать убытки с любовника жены»1.

, Вместе с тем в одном из вариантов проекта Книги пятой «Обязатель-ственное право» Гражданского Уложения мы находим ст. 1655, в соответствии с которой «верителю (т.е. кредитору. – Авт.) должны быть возмещены убытки, которые непосредственно вытекают из неисполнения должником обязательства и которые могли быть предвидены при заключении договора. Должник, умышленно или по грубой неосторожности не исполнивший обязательства, может быть присужден к возмещению и других, кроме указанных выше, убытков, хотя бы они заключались не в имущественном, а в нравственном вреде, и не подлежали точной оценке»2.

В материалах Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения включение в текст проекта названной нормы объясняется тем, что «в жизни происходит множество нарушений обязательственных отношений, которые хотя и не причиняют убытка, но доставляют верителям беспокойство, неприятности и т.п. Для лучшего ограждения интересов верителей против злонамеренных или крайне легкомысленных нарушений обязательств должниками в литературе указывается на необходимость предоставления суду права определять вознаграждение за

неисполнение обязательств, хотя бы верителем и не было понесено убытков... Как известно... французская судебная практика придерживается того взгляда, что должник за неисполнение своего обязательства должен подвергаться имущественной ответственности, хотя бы веритель понес только так называемый нравственный вред. Стремление к охранению справедливых интересов верителей посредством взыскания вознаграждения и за неимущественный вред заслуживает полного внимания. Оценка нравственного вреда возлагается на справедливое усмотрение суда»3.

Действующий Гражданский кодекс Российской Федерации, как известно, включает нормы о возмещении морального вреда. Если гражданину причинен моральный вред (физические или нравственные страдания) действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, а также в других случаях, предусмотренных законом, суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации указанного вреда. При

См.; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: СПАРК, 1995. С. 392-393.

См.: Гражданское Уложение; Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Том второй / Под. ред. И.М. Тют-рюмова.СПб., 1910. С. 250.

См. там же.

этом суд должен также учитывать степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица, которому причинен вред (ст. 151). Из редакции указанной статьи по крайней мере следует, что субъектом права требования возмещения морального вреда может признаваться исключительно гражданин как физическое лицо, ибо' только физическое лицо может испытать физические и нравственные страдания. И в этом смысле сохранение практики судов общей юрисдикции по возмещению морального вреда в пользу юридических лиц, основанной на постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» (в редакции от 20 апреля 1995 г.), представляется недоразумением, вызванным сугубо формальным применением п. 7 ст. 152 ГК, предусматривающей, что правила о защите деловой репутации гражданина (включающие и возмещение морального вреда) соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица.

Нельзя не заметить, что ответственность в виде возмещения морального вреда не может возникнуть из договорного обязательства. Основанием. такой ответственности является факт причинения гражданину физических1 или нравственных страданий. Размер компенсации морального вреда устанавливается судом и не может быть предусмотрен сторонами в договоре. Изложенное свидетельствует о том, что возмещение морального вреда гражданину следует признать разновидностью внедоговорной ответственности. Об этом свидетельствует также и то обстоятельство, что основания и' размер компенсации гражданину морального вреда определяются правилами гл. 59 «Обязательства вследствие причинения вреда» ГК (ст. 1099).

Если в качестве критерия выделения различных видов ответственности по гражданско-правовым обязательствам взять характер распределения ответственности между несколькими лицами, необходимо различать долевую, солидарную и субсидиарную ответственность.

Для тех случаев, когда имеет место обязательство со множественностью лиц, т.е. в обязательстве участвуют несколько кредиторов или несколько должников, общим правилом является положение о

долевом характере этих обязательств и о долевой ответственности за их нарушение (ст. 321 ГК). Иными словами, каждый должник обязан исполнить обяза-' тельство в своей доле. Солидарные обязательства (солидарная обязанность, солидарное требование, солидарная ответственность) являются исключением из этого общего правила. Вместе с тем в ГК имеется такое количество норм, предусматривающих солидарные обязательства, что указанное исключение едва ли не превращается в общее правило. Это легко объяснимо, поскольку именно солидарное обязательство и особенно соли

дарная ответственность должников в максимальной степени обеспечивают защиту прав кредиторов.

Примером применения солидарного обязательства (солидарной ответственности) могут служить следующие положения ГК : вновь возникшие юридические лица несут солидарную ответственность по обязательствам реорганизованного юридического лица перед его кредиторами, если разделительный баланс не дает возможности определить его правопреемника (п. 3 ст. 60); участники полного товарищества солидарно несут ответственность своим имуществом по обязательствам товарищества (п. 1 ст. 75); участники общества с дополнительной ответственностью солидарно несут ответственность по его обязательствам в кратном размере к стоимости их вкладов (п. I ст. 95); акционеры, не полностью оплатившие акции, несут солидарную ответственность по обязательствам акционерного общества в пределах неоплаченной части стоимости принадлежащих им акций (п. 1 ст. 96); основное общество (товарищество) отвечает солидарно с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение его указаний (п. 2 ст. 105); при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно (п. 1 ст. 363); лица, совместно причинившие вред, несут перед потерпевшим солидарную ответственность (ст. 1080 и др.).

В отношении солидарных обязательств ГК обеспечивает дифференцированное регулирование в зависимости от того, связано ли солидарное обязательство с осуществлением предпринимательской деятельности. В обычных случаях солидарная обязанность (ответственность) или солидарное требование возникают только в тех случаях, когда это (солидарность) прямо установлено законом, в частности при неделимости предмета обязательства (например, по договору купли-продажи подлежит передаче вещь, раздел которой в натуре невозможен без изменения ее назначения).

Если же речь идет о множественности лиц в обязательстве, связанном с предпринимательской деятельностью, предполагается, что как обязанность нескольких должников, так и требования нескольких кредиторов в таком обязательстве являются солидарными. Иное может быть предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства (ст. 322).

По своей сути солидарная обязанность (солидарная ответственность) должников строится по принципу «один за всех». Кредитор вправе потребовать исполнения солидарной обязанности как от всех должников совместно, так и от каждого из них в отдельности, притом как полностью, так и в

части долга. Адресат требования кредитора и его размер зависят исключительно от усмотрения самого кредитора.

По солидарному обязательству каждый из должников обязан исполнить его полностью. Однако, если должник, к которому было предъявлено требование кредитора, по каким-либо причинам оказался не в состоянии удовлетворить это требование в полном объеме (например, в силу несостоятельности должника), кредитор вправе обратиться с указанным требованием в оставшемся объеме к любому из должников или ко всем совместно. Во всяком случае солидарность обязательства сохраняется вплоть

до полного удовлетворения требования кредитора,

С другой стороны, если одним из должников солидарная обязанность исполнена в полном объеме, данное обстоятельство освобождает остальных должников от каких-либо обязанностей перед кредитором. В то же время у этих должников появляются определенные обязанности перед должником, предоставившим исполнение кредитору, который, в частности, наделяется правом предъявить регрессные требования к остальным должникам. Такие требования могут быть предъявлены должником к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого. Правда, из взаимоотношений между должниками может вытекать иной подход к определению размера требований должника, исполнившего солидарное обязательство перед кредитором, которые подлежат удовлетворению каждым из должников. Например, каждый участник долевой собственности обязан участвовать в уплате налогов, сборов и иных платежей по общему имуществу, а также в издержках по его содержанию и сохранению соразмерно со своей долей (ст. 249,ГК). Взаимные расчеты между совместными причинителями вреда, отвечающими перед потерпевшим солидарно (ст. 1081 ГК), производятся не в равных долях, а пропорционально степени их вины.

Интересно отметить, что должник, исполнивший солидарное обязательство, сам попадает в роль кредитора по обязательству в отношении остальных должников. Об этом свидетельствует, в частности, положение о том, что неуплаченное одним из должников указанному должнику, исполнившему обязательство, падает в равной доле на этого должника и на остальных должников (п. 2 ст. 325 ГК).

Если мы имеем дело с обязательством со множественностью лиц на стороне кредитора (солидарность требования), то любой из солидарных кредиторов вправе предъявить к должнику требование в полном объеме (ст. 326 ГК). Такая ситуация возникает, например, когда должнику в обязательстве противостоят участники договора о простом товариществе (ст. 1041-1054 ГК) или субъекты права общей совместной собственности (ст. 256-257 ГК).

До предъявления солидарных требований одним из кредиторов, частью кредиторов или всеми кредиторами совместно должник может исполнять обязательство любому из кредиторов по своему усмотрению. Исполнение обязательства должником в полном объеме одному из солидарных кредиторов освобождает должника от исполнения остальным кредиторам. В то же время кредитор, принявший исполнение от должника, должен рассчитаться с остальными солидарными кредиторами, предоставив причитающееся каждому из них в равных долях, если иное не вытекает из их взаимоотношений. Так, распределение полученного по солидарному обязательству исполнения между участниками общей долевой собственности должно производиться пропорционально доле в ней каждого из солидарных кредиторов (ст. 248 ГК).

В случаях, предусмотренных законодательством, кредитор вправе защищать свое нарушенное право путем предъявления своих требований, право на которые у него возникло в связи с тем, что должником допущено нарушение обязательства, не только к самому должнику, но и к другому лицу, не являющемуся стороной в этом обязательстве. Речь идет о несколько усложненной, по сравнению с обычной, конструкции ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение гражданско-правового обязательства, которая именуется субсидиарной ответственностью. Практический смысл норм такого рода ответственности (ст. 399 ГК) состоит в более надежной защите прав и законных интересов кредиторов.

Субсидиарная ответственность, т.е. ответственность дополнительно к ответственности другого лица – основного должника, применяется во многих случаях, предусмотренных законодательством. В частности, в соответствии с положениями, содержащимися непосредственно в ГК, субсиди-арную ответственность несут: учредители (участники), собственники имущества юридического лица или другие лица, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана указанными лицами (п. 3 ст. 56);

участники полного товарищества (п. 1 ст. 75); участники общества с дополнительной ответственностью в кратном размере к стоимости их вкладов в уставный капитал (п. 1 ст. 95); основное хозяйственное общество или товарищество по долгам дочернего общества в случае его несостоятельности (п. 2 ст. 105); члены производственного кооператива по обязательствам кооператива (п. 2 ст. 107); Российская Федерация по обязательствам казенного предприятия при недостаточности его имущества (п. 5 ст. 115); члены потребительского кооператива по его обязательствам в пределах невнесенной части дополнительного взноса для покрытия убытков кооператива каж-

дым из членов кооператива (п. 4 ст. 116); собственник имущества учреждения по его долгам при недостаточности денежных средств, находящихся в распоряжении учреждения (п. 2 ст. 120); члены ассоциации (союза) по ее обязательствам в размере и в порядке, предусмотренным учредительными документами ассоциации (п. 4 ст. 121), и некоторые другие.

Необходимым условием применения субсидиарной ответственности является предварительное обращение с соответствующим требованием к основному должнику, нарушившему обязательство. Отказ основного должника от удовлетворения этого требования либо неполучение от него ответа дают основание кредитору предъявить соответствующее требование лицу, на которое возложена субсидиарная ответственность. Данное положение в корне меняет подход к субсидиарной ответственности и значительно расширяет возможности по ее применению,

В ранее действовавшем (до ГК 1994 г.) законодательстве отсутствовал ло подобное положение, определяющее условия, при которых кредитор получал возможность обращаться к лицу, несущему субсидиарную ответственность, и в то же время имелись нормы, обязывающие кредитора предъявить свое требование сначала основному должнику (п. 3 ст. 67 Основ гражданского законодательства). Применение указанных норм в сочетании с принципом ответственности юридического лица всем своим имуществом (имеется в виду основной должник) по сути лишало кредитора возможности предъявить свои требования лицу, несущему субсидиарную ответственность, в том числе, к примеру, к гаранту (поручителю) по договору поручительства в случае неисполнения должником обеспеченного обязательства.

Положения, содержащиеся в ГК, устранили неоправданные препятствия в применении норм о субсидиарной ответственности.

От субсидиарной ответственности необходимо отличать ответственность должника за действия третьих лиц. ГК (ст. 313) предусмотрено, что исполнение обязательства может быть возложено должником на третье лицо, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа не вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично. В этом случае кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом. По общему правилу за нарушение обязательства, исполнение которого возложено должником на третье лицо, перед

кредитором отвечает должник (ст. 403 ГК).

Например, исполнение обязательств по поставке продукции покупателю может быть возложено поставщиком на изготовителя товаров. В свою очередь, обязательство по оплате поставленных товаров может быть возло^ жено покупателем на получателя этих товаров. Однако ответственность за просрочку поставки или недопоставку товаров перед покупателем должен

нести не изготовитель, а поставщик; ответственность за несвоевременную и неполную оплату поставленных товаров несет не их получатель (плательщик), а покупатель по договору поставки.

По договору подряда подрядчик вправе привлечь к исполнению договора других лиц (субподрядчиков). В этом случае подрядчик выступает перед заказчиком в качестве генерального подрядчика, а перед субподрядчиком – в качестве заказчика. Ответственность перед заказчиком за результаты работы субподрядчика возлагается на генерального подрядчика.

Непосредственная ответственность третьих лиц, осуществляющих исполнение обязательства должника, перед кредитором возможна только в случаях, установленных законом. К примеру, в положении третьего лица, на которое возложена ответственность за ненадлежащее исполнение обязательств продавца по договору розничной купли-продажи, может оказаться изготовитель товара ненадлежащего качества. Покупатель (потребитель) товара вправе предъявить изготовителю требования о безвозмездном устранении недостатков или возмещении своих расходов по их устранению либо о замене товара на товар надлежащего качества (см. п. 3 ст. 17 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей»)'.

При рассмотрении различных примеров ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорного обязательства, исполнение которого возложено должником на третье лицо, особого внимания заслуживают предусмотренные новым Гражданским кодексом нормы об ответственности банков за неисполнение или ненадлежащее исполнение платежного поручения. Не секрет, что серьезный разговор об ответственности банков за нарушения правил совершения расчетных операций можно вести лишь в том случае, если признать, что за указанные нарушения банки должны нести ответственность в форме полного возмещения убытков, включая как прямые расходы плательщиков – клиентов банков, вызванные этим нарушением, так и их упущенную выгоду. Именно об этом говорит Кодекс, устанавливая норму, согласно которой в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения поручения клиента банк несет ответственность по основаниям и в размерах, которые предусмотрены главой 25 ГК (п. 1 ст. 866). Это означает, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения платежного поручения клиента банк, выступающий в роли должника по обязательству, возникшему из этого поручения, обязан возместить клиенту (кредитору) причиненные этим убытки, определяемые в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 15 Кодекса (ст. 393). Как известно, согласно ст. 15 ГК, под убытками разумеются расходы, которые лицо,

Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1992.X2l5.0r.766.

чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило' бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Следует отметить, что и раньше, до введения в действие части второй ГК РФ, арбитражно-судебная практика исходила из того, что в случае, когда клиент дал поручение банку о перечислении средств на счет другой организации, но последней эти средства своевременно не поступили, клиент был вправе требовать от этого банка возмещения убытков, понесенных им из-за несвоевременного поступления средств на счет другой организации. Проблема же заключается в другом: во многих случаях задержки расчетов виновной стороной оказывался не банк, непосредственно обслуживающий клиента, давшего платежное поручение, а другие банки, привлеченные для исполнения этого поручения (к примеру, расчетно-кассовые центры Банка России). В то же время плательщик был лишен возможности предъявить требование о возмещении убытков к банку, виновному в задержке расчетов, поскольку не имел с ним договорных отношений банковского счета.

При разрешении соответствующих споров арбитражные суды принимали во внимание, что банки, привлекаемые к исполнению платежного поручения, как правило, состояли с банком, обслуживающим клиента, в договорных отношениях корреспондентского счета. В соответствии со ст. 62 Основ 1991 г., а затем и ст. 313 действующего ГК исполнение обязательства, возникшего из договора, могло быть возложено в целом или в части на третье лицо (в нашем случае – банк, привлеченный к исполнению поручения). Однако ответственность за нарушение обязательства третьим лицом в этом случае возлагается на должника в обязательстве (т.е. банк, обслуживающий плательщика), если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо (ст. 403).

Следовательно, если плательщик (клиент банка) доказывал в арбит-' ражном суде, что он понес убытки из-за задержки зачисления денежных средств на указанный им в платежном поручении счет получателя денежных средств, убытки взыскивались с обслуживающего его банка – контрагента по договору банковского счета, независимо от того, что этот коммерческий банк не допускал задержки расчетов. Правда, другой банк, допустивший нарушение, мог быть привлечен по ходатайству истца или ответчика к участию в деле в качестве третьего лица на стороне ответчика. В этом случае банк, обслуживающий клиента, был вправе заявить к виновному банку регрессный иск, который мог быть удовлетворен арбитражным судом в том же заседании суда.

Арбитражно-судебная практика выявила неэффективность такой структуры ответственности, которая усложняла процедуру доведения ответственности до виновного лица и не учитывала рост убытков, причиняемых участникам соответствующей операции по переводу денежных средств, в связи с дополнительными судебными расходами, а также инфляционными процессами.

Теперь же в случаях, когда неисполнение или ненадлежащее исполнение платежного поручения имеет место в связи с нарушением правил совершения расчетных операций банком, привлеченным для исполнения поручения плательщика, ответственность может быть возложена судом непосредственно на виновный банк (п. 2 ст. 866), Данная норма может быть расценена как предусмотренное законом положение, допускающее, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем обязательства третье лицо. И в этом смысле указанная норма полностью корреспондирует положениям, содержащимся в ст. 403 ГК.

2. ФОРМЫ ДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

В отношении форм (мер) гражданско-правовой, и в частности договорной, ответственности, т.е. форм выражения неблагоприятных последствий в имущественной сфере нарушителя, которые являются

следствием допущенного им правонарушения, в юридической литературе высказаны позиции, которые не отличаются определенностью. Приведем наиболее характерные из них.

О.С. Иоффе считает, что к мерам ответственности за нарушение обязательства относятся не только возмещение убытков и уплата неустойки, но и «потеря задатка и различные санкции, применяемые в обязательствах отдельных видов. Например, если в отношениях по поставке вначале должен быть отправлен товар, а уж затем он оплачивается (акцептная форма расчетов), то при неисправности покупателя поставщик может потребовать, чтобы тот вначале выделил необходимую для платежа денежную сумму, и лишь после этого в его адрес будет отгружен товар (аккредитивная форма расчетов). Эта санкция воплощает меру ответственности, лишая покупателя права требовать отгрузки товара до обеспечения его уплаты»'. Аналогичной точки зрения придерживается и О.Н. Садиков2.

По мнению Н.Д, Егорова, в гражданском законодательстве имеются различные формы ответственности: ответственность может наступать «в

Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 98-99.

См.: Садиков О.Н. Имущественные санкции в хозяйственных договорах // Сов. гос-во и право. 1957. № 4. С. 51,

форме возмещения убытков (ст. 15 ГК), уплаты неустойки (ст. 330 ГК), потери задатка (ст. 381 ГК) и т.д. Среди этих форм гражданско-правовой ответственности особое место занимает возмещение убытков... Поскольку возмещение убытков можно применять во всех случаях нарушения гражданских прав, за некоторыми исключениями, предусмотренными законом или договором, эту форму гражданско-правовой ответственности называют общей мерой гражданско-правовой ответственности. Другие же формы гражданско-правовой ответственности именуются специальными мерами гражданско-правовой ответственности, так как они применяются лишь в случаях, специально предусмотренных законом или договором для соответствующего вида гражданского правонарушения»'.

К сожалению, Н.Д. Егоров, оставляя открытым перечень форм гражданско-правовой ответственности, не приводит примеров иных форм ответственности за пределами возмещения убытков, уплаты неустойки и потери

задатка.

Более категоричен Б.И. Пугинский, который полагает, что меры имущественной ответственности «могут быть подразделены на: 1) возмещение убытков; 2) неустойку (штраф, пеню); 3) меры конфискационного характера; 4) отдельные нетипичные меры ответственности»2. При этом к мерам ответственности конфискационного характера (конфискационным санкциям) Ь.И. Пугинский относит; конфискацию (ст. 149, 395 ГК РСФСР 1964г.);

имущественную санкцию в виде обращения в доход государства полученного или причитавшегося по сделке, совершенной с целью, заведомо противной интересам государства и общества (ст. 49 ГК РСФСР 1964 г.); безвозмездное изъятие бесхозяйственно содержащегося имущества (ст. 141, 142 ГК РСФСР 1964 г.) и некоторые другие. В качестве примера нетипичных мер имущественной ответственности приводятся «обязанность стороны, неосновательно пользовавшейся чужими денежными средствами (иногда – имуществом), уплатить другой стороне проценты за все время пользования», а также обязанность транспортной организации в случае использования для своих

нужд грузов, принятых к перевозке, возместить стоимость груза в двойном размере3.

Как видно, все изложенные позиции объединяет одна общая черта: к числу форм (мер) гражданско-правовой ответственности бесспорно относятся возмещение убытков и взыскание (уплата) неустойки. Что касается иных санкций, применяемых за нарушения отдельных видов обязательств,

' Гражданское право: Учебник. Ч. 1 /Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. С. 481-482.

2 Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственной доггельносга. С. 137.

3 См. там же. С. 140.

то вряд ли целесообразно, как это делают О.С. Иоффе и О.Н. Садиков, искать примеры, позволяющие причислить их к мерам гражданско-правовой ответственности. Тем более ситуация, которая ими описывается в качестве применения имущественной ответственности (перевод покупателя с акцептной на аккредитивную форму расчетов), на самом деле таковой не является, поскольку в результате покупатель будет обязан уплатить ту же денежную сумму за ту же партию товаров, т.е. исполнить обязательство. В данном случае мы имеем дело с применением меры оперативного воздействия в виде одностороннего изменения поставщиком условия договора о порядке расчетов за поставленные товары. Ранее такая возможность содержалась в Положениях о поставках продукции и товаров, в настоящее время такое право может быть реализовано поставщиком, если оно предоставлено ему договором.

На наш взгляд, нет никаких оснований выделять в качестве самостоятельной меры имущественной ответственности потерю задатка, хотя такой подход для нашей доктрины стал уже традиционным. В тексте всех гражданских кодексов имелись соответствующие нормы. Действующий ГК также включает в себя положения о потере задатка стороной, нарушившей обязательство: в соответствии со ст. 381 при прекращении обязательства до начала его исполнения по соглашению сторон либо вследствие невозможности исполнения (ст. 416) задаток должен быть возвращен. Если за неисполнение договора ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить другой стороне двойную сумму задатка. Сверх того, сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка, если в договоре не предусмотрено иное.

Любопытно, что при обсуждении редакции проекта Гражданского Уложения России (ГУ) в Редакционной комиссии возникла дискуссия в отношении нормы о потере задатка, включенной в статью, аналогичную по содержанию ст. 381 действующего сегодня ГК (ст. 1594 проекта ГУ). Как отмечается в материалах Редакционной комиссии, было высказано мнение, что совершенно неправильно присваивать задатку значение законной неустойки, ибо цель задатка – служить доказательством заключения договора, а не обеспечивать его исполнение, поэтому предлагалось исключить из проекта положение о потере задатка или возврате его двойной стоимости. Однако в ходе дискуссии победила другая точка зрения, согласно которой «если исходить из намерения договорившихся сторон обеспечить задатком исполнение договора, то необходимо придать задатку значение штрафа, Упадающего на виновную сторону. Отсюда следует, что если в неисполнении договора виновна сторона, получившая задаток, то справедливо, чтобы она обязана была возвратить полученный задаток в двойном размере...;

рядом с-потерей отданного задатка или возвращением в двойном размере полученного сохраняется обязанность виновной стороны возместить другой стороне понесенные ею вследствие неисполнения

договора убытки, причем , представляется практичным и справедливым придать задатку значение наперед определенного наименьшего размера убытков, подлежащих уплате виновною стороною». При этом Редакционная комиссия исходила из того, что спорная норма, придавая задатку значение минимального, определенного сторонами размера убытков, является для сторон существенным облегчением, возлагая на них трудную обязанность доказывать понесенные ими убытки при неисполнении договора, заключенного с выдачей задатка, только в том случае, если они желают получить вознаграждение в размере

свыше суммы задатка»'.

Следовательно, по мнению Редакционной комиссии по составлению проекта ГУ, потеря задатка, также как и обязанность уплатить двойную сумму задатка, является штрафом (законной неустойкой). На наш взгляд, и сегодня нет никаких оснований отступать от этой позиции.

Что касается отнесения к числу самостоятельных мер имущественной ответственности т.н. «конфискационных санкций», то представляется, что применение подобных мер выходит за пределы ответственности по гражданско-правовому обязательству, т.к. является ответственностью участников имущественного оборота не перед потерпевшей стороной, а перед государством за нарушение требований публичного порядка.

Таким образом, формами гражданско-правовой ответственности по гражданско-правовому обязательству могут быть признаны лишь возмещение убытков и взыскание неустойки. Кроме того, по денежному обязательству взыскание неустойки заменяется другой самостоятельной формой ответственности – взиманием процентов годовых за неисполнение (просрочку исполнения) денежного обязательства (ст. 395 ГК).

Возмещение убытков

Общей формой ответственности по договорным обязательствам является возмещение убытков. Об этом свидетельствует, в частности, норма, содержащаяся в п. 1 393 ГК: «Должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнение обязательства». Этим возмещение убытков отличается от иных мер имущественной ответственности, которые применяются лишь в случаях, предусмотренных законом или договором.

' Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 197-198.

Понятие «убытки», употребляемое в гражданском праве, несколько отличается от аналогичного понятия, которым оперирует экономическая наука и реальная хозяйственная практика. На это обращал внимание, в частности, В.И, Кофман, отмечая, что убытки как экономическая категория не обязательно возникают в результате правонарушения', в то время как в качестве категории юридической убытки представляют собой вызываемые неправомерным поведением отрицательные последствия в имущественной сфере потерпевшего2.

Понятие «убытки» необходимо отличать от категорий «вред» и «ущерб», обычно употребляемых, во-первых, для обозначения одного из условий гражданско-правовой ответственности либо одного из элементов состава гражданского правонарушения и во-вторых, при анализе правоотношений, связанных с деликтными обязательствами.

В юридической науке встречается определение убытков как денежной оценки того ущерба, который

причинен неправомерными действиями одного лица имуществу другого3. Это определение не вызывает возражений применительно к ситуациям, когда, например, убытки представляют собой утрату кредитором имущества в результате неисполнения должником договорного обязательства. Однако им не охватываются случаи, когда нарушение должником договорного обязательства не причинило ущерб имуществу кредитора, но лишило его возможности получить доходы, на которые он рассчитывал.

Напротив, Н.С. Малеин под вредом, причиненным неисполнением обязательства, предлагает понимать «нарушение имущественного интереса, выраженное в денежной форме, форме убытков»4. При таком подходе понятия «вред» и «убытки» отождествляются, но лишь постольку, поскольку вред может быть выражен в денежной оценке. В целом же понятие вреда, в том числе и не поддающегося денежной оценке, оказывается шире понятия убытков.

Правильным представляется утверждение О.С. Иоффе о том, что убытки – самостоятельное понятие по отношению к понятию вреда, применяется ли последнее в вещественном или социальном смысле»5. Поэтому представляется ошибочным определять убытки через категорию вреда (ущерба).

См.: Советское гражданское право. Т. 1. М.: Высшая школа, 1968. С. 484.

См., например: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 100,

См., например: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С.365.

Малеин Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., 1968. С.91.

Иоффе О.С. Указ. соч. С. 100.

Следует, однако, учитывать, что во многих документах, определяющих принципы договоров, а также регламентирующих ответственность за нарушение договорных обязательств, не всегда строго выдерживается дифференциация понятий «убытки», «вред», «ущерб», которые зачастую употребляются как синонимы либо как термины, дополняющие друг друга. Поэтому всякий раз необходимо выяснять истинный смысл употребления того или иного понятия, если, конечно же, это имеет какое-либо правовое значение.

Например, согласно ст. 7.4,1 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА' (официальный перевод на русский язык), любое неисполнение дает потерпевшей стороне право на возмещение убытков либо исключительно, либо в сочетании с любыми другими средствами правовой защиты, кроме случаев, когда в соответствии с настоящими Принципами ответственность за неисполнение не наступает. Текст данного принципа, а также официального к нему комментария свидетельствует о том, что здесь речь идет именно о праве на возмещение убытков (right to damages). Однако далее (ст. 7.4.2) говорится о том, что потерпевшая сторона имеет право на полную компенсацию ущерба (fall compensation for harm), хотя текст указанной статьи не дает возможности усомниться в том, что и s данном случае речь идет именно о возмещении убытков: «Такой ущерб, - говорится в Комментарии, – включает любые понесенные стороной потери и всякую выгоду, которой она лишилась, учитывая любую выгоду потерпевшей стороны, полученную ею в результате того, что она избежала расходов или ущерба». В некоторых других статьях Принципов мы вновь встречаемся с термином «убытки». Например, в соответствии со ст. 7.4.11 убытки должны быть выплачены единовременно в полной сумме (damages we to be paid in a lump sum); в ст. 7.4.12 говорится о валюте исчисления убытков (currency in which to assess damages) и т.д.

Четкое разграничение понятий «убытки» и «ущерб» присуще Гражданскому кодексу российской Федерации. Как известно, реальный ущерб рассматривается как одна из составных частей убытков. В каком-либо ином значении понятие «ущерб» в Кодексе практически не используется.

Что касается понятия «вред», то сфера его применения ограничивается нормами о деликтных обязательствах. Если же речь идет о вреде как условии ответственности, то Кодекс предпочитает говорить о последствиях нарушения обязательства (см., например, ст. 333).

Традиционным для российского гражданского права является принцип полного возмещения убытков. Ныне этот принцип выражен формулой, со-

' Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 223-248.

держащейся в ст. 15 ГК: «Лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере». При этом под убытками разумеются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Применение принципа полного возмещения убытков диктуется необходимостью восстановить права потерпевшей стороны в обязательстве. О,С. Иоффе, отмечая значение принципа полного возмещения убытков по обязательствам, подчеркивал, что, только руководствуясь им, можно восстановить положение, которое существовало на момент правонарушения;

только благодаря этому принципу обеспечивается всесторонняя охрана интересов тех, кто терпит убытки от неисправности своих контрагентов; только следуя ему, наступившие убытки удается целиком отнести на счет их причинителя',

Вместе с тем в юридической литературе советского периода высказывались и точки зрения, обосновывающие необходимость отказа от последовательного применения принципа полного возмещения убытков. К примеру, А.В. Венедиктов выступал против возмещения неполученных доходов (плановой прибыли) применительно к плановым обязательствам, полагая, что на «балансе пострадавшего от неисполнения договора предприятия появилась бы известная сумма накоплений, отражающих не действительные – реальные – достижения данной отрасли или участка народного хозяйства, а лишь результат применения договорных санкций – при отсутствии действительного накопления в социалистическом хозяйстве»2.

Подчеркнем, что в условиях централизованной плановой экономики такой подход не был лишен смысла. Однако и в тех условиях О.С. Иоффе, оспаривая правильность выводов А.В. Бенедиктова, отмечал: «То, что в текущем производственном цикле является плановой прибылью, в будущем производственном цикле становится оборотными средствами... И если для ликвидации прорыва в оборотных средствах необходимо возмещать положительный ущерб в имуществе, то по тем же основаниям должна возмещаться и неполученная прибыль»3.

' См.: Иоффе О. С. Указ. соч. С. 103.

Венедиктов А.В. Договорная дисциплина в промышленности. Л,, 1935. С. 114. Иоффе О.С. Указ. соч.

С. 104.

С другой стороны, другие авторы, например Н.С. Малеин, выступали за отказ от любых ограничений принципа полного возмещения убытков в сфере хозяйственной деятельности, включая транспортные и некоторые другие правоотношения'.

И все же, несмотря на преобладавшую в юридической литературе точку зрения о действии принципа полного возмещения убытков в гражданских правоотношениях, ни действовавшим тогда законодательством, ни реальной судебной практикой применение данного принципа в полном объеме не обеспечивалось.

В силу ст. 219 ГК 1964 г, под реальным ущербом понимались расходы, произведенные кредитором, утрата или повреждение его имущества. Как видим, в составе реального ущерба отсутствуют расходы кредитора, которые последний должен будет понести для восстановления нарушенного права, хотя к этому выводу можно было бы прийти и путем толкования соответствующей нормы, не содержащей и указания на то, что речь идет только о фактически понесенных кредитором расходах. Тем не менее ар-битражно-судебная практика пошла по другому пути. В Инструктивных указаниях Госарбитража СССР от 23 сентября 1974 г. № И-1-33 (п. 2) под произведенными истцом расходами предлагалось понимать расходы, фактически понесенные им на день предъявления претензии. Расходы, которые он может понести или понесет в будущем, не подлежали взысканию по Данному исковому требованию. Однако истец не лишен права предъявить иск о взыскании этих убытков в последующем, после того как он их фактически понесет2.

Вторым обстоятельством, ограничивающим применение принципа полного возмещения убытков (в части реального ущерба), являлось то, что возмещению подлежали лишь те расходы кредитора, которые не выходили за рамки утвержденных плановых нормативов. В одном из инструктивных указаний Госарбитража СССР (от 29 марта 1962г. №И-1-9) содержалось разъяснение, в соответствии с которым размер расходов покупателя по устранению недостатков в продукции и товарах (в которые также входят цеховые и общезаводские расходы) определяется фактическими затратами, если они не превышают плановой калькуляции, а при превышении ее – по плановой калькуляции3.

Что же касается другой части убытков – неполученных доходов, то и их размер был предопределен плановыми показателями по прибыли. В частности, практика как государственных арбитражей, так и судов общей

1 Малеин Н.С Указ. соч. С. 97-117.

2 Систематизированный сборник инструктивных указаний Госарбитража, С. 84. 'Там же. С. 116.

юрисдикции не считала препятствием для взыскания неполученной прибыли то, что предприятие, несмотря на допущенное контрагентом нарушение, все же выполнило план по прибыли за соответствующий период времени, к примеру, за счет перевыполнения производственного плана по другим видам продукции1.

В отношении кредиторов-граждан неполученные доходы включали лишь доходы, которые по своему характеру могли быть отнесены к числу «трудовых». Например, доходы в виде неполученной платы за дачные помещения могли быть взысканы лишь в пределах надлежаще утвержденных ставок2.

Если же при ответе на вопрос о том, что же означает в гражданском праве принцип полного возмещения убытков, причиненных нарушением обязательства, абстрагироваться от плановой

калькуляции, централизованно установленных ставок, плановой прибыль и других явлений, присущих советскому периоду, и обратиться к отечественной дореволюционной науке гражданского права, то мы должны будем ограничиться довольно простой и емкой формулой, характеризующей принцип полного возмещения убытков. В материалах Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения России имеется комментарий к ст. 1654 книги V проекта Гражданского Уложения, предусматривающей, что «вознаграждение за убытки состоит в возмещении как понесенного верителем ущерба в имуществе, так и той прибыли, какую веритель мог бы получить в обыкновенном порядке вещей, если бы обязательство было надлежащим образом исполнено». В Комментарии суть принципа полного возмещения убытков выражена следующими словами: «определение вознаграждения, причитающегося верителю с должника за убытки, понесенные вследствие неисполнения обязательства, имеет целью поставить верителя в то имущественное положение, в каком он находился бы, если бы обязательство было исполнено»3.

Итак, смысл возмещения убытков заключается в том, что в результате имущество кредитора должно оказаться в том положении, в каком оно находилось бы в случае, если бы должник исполнил обязательство надлежащим образом. Реализация этой задачи, безусловно, требует возмещения кредитору как реального ущерба, причиненного нарушением обязательства, так и упущенной выгоды.

Очевиден, однако, и другой вывод: возмещение кредитору должно быть адекватным, позволяющим поставить его в соответствующее положе-

' Систематизированный сборник инструктивных указаний Госарбитража. С. 91; см. также: Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1973, № 4. С. 13. : См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР. М., 1982. С. 265. Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 249.

ние. При возмещении убытков кредитор не должен получить ничего лишнего, выходящего за пределы необходимого, что позволяет восстановить его нарушенное право. Данная проблема должна решаться путем детального регулирования порядка и способов определения размера убытков и их до-называния. Этим целям подчинены нормы ГК, регламентирующие цены на товары, работы и услуги, используемые для исчисления убытков в привязке к месту и времени исполнения обязательства (ст. 393); соотношение размера убытков и неустойки (ст. 394); соотношение размера убытков и процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395).

Размер подлежащих возмещению убытков во многом зависит от того, какие цены положены в основу расчета как реального ущерба, так и упущенной выгоды. С учетом процесса инфляции применение цен, существовавших на день, когда обязательство должно было быть исполнено, как это имело место ранее, до введения в действие нового ГК, не обеспечивало бы полного возмещения убытков, более того – в ряде случаев ставило бы должника, не исполнившего обязательство, в более выгодное положение, нежели кредитора. Поэтому в качестве презумпции в п. 3 ст. 393 ГК установлено правило, в соответствии с которым расчет убытков должен производиться исходя из цен, существовавших в день добровольного удовлетворения должником требования кредитора либо в день обращения кредитора в суд в случае неудовлетворения его требования должником в добровольном порядке. Суду предоставлено право в зависимости от обстоятельств конкретного спора, присуждая возмещение должником убытков, исходить из цен, существующих в день вынесения решения. Данное правило преследует цель обеспечить справедливое возмещение убытков, причиненных нарушением обязательств. Правда, сторонам предоставлено право самим определить в договоре, какие цены берутся во внимание при расчете убытков в случае его нарушения. Иной порядок расчета убытков (в

части используемых цен) может быть установлен также законом или другим правовым актом.

Любопытно сравнить нормы, содержащиеся в ст. 393 действующего ГК, с аналогичными (по предмету и целям регулирования) нормами ст. 1656 проекта Гражданского Уложения, внесенного в Государственную думу 14 октября 1913 г., согласно которой «убытки определяются по тому месту и времени, где и когда обязательство подлежало исполнению»'. Разница между названными законоположениями заключается в том, что проект действующего ГК, в отличие от проекта Гражданского Уложения, разрабатывался как Гражданский кодекс переходного периода, неизбежным спутником которого является инфляция. Если же иметь в виду стабильные ры-f

' Герценберг В.Э., Перетерский И.С. Обязательственное право. Книга V Гражданского Уложения: Проект. СПб., 1914. С. 20.

ночные условия, когда ценам на товары, работы и услуги свойственно не только повышаться, но и понижаться, редакция ст. 1656 дореволюционного проекта Гражданского Уложения кажется предпочтительнее.

К сожалению, действующий Кодекс не содержит норм (помимо положений об используемых ценах), детально регламентирующих порядок исчисления убытков. Данный пробел компенсируется (в определенной степени) арбитражно-судебной практикой.

В частности, в совместном постановлении Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» имеются разъяснения, направленные на справедливое определение объема подлежащих возмещению убытков при нарушении обязательств. В соответствии с п. 10 названного постановления при разрешении споров, связанных с возмещением убытков, причиненных гражданам и юридическим лицам нарушением их прав, необходимо иметь в виду, что в состав реального ущерба входят не только фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права. Необходимость таких расходов и их предполагаемый размер должны быть подтверждены обоснованным расчетом, доказательствами, в качестве которых могут быть представлены смета (калькуляция) затрат на устранение недостатков товаров, работ, услуг; договор, определяющий размер ответственности за нарушение обязательств, и т.п.

В п. 49 постановления применительно к спорам, связанным с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, разъясняется, что если нарушенное право может быть восстановлено кредитором в натуре путем приобретения определенных вещей (товаров) или выполнения работ (оказания услуг), стоимость соответствующих вещей (товаров), работ или услуг должна определяться по правилам п. 3 ст. 393 ГК и в тех случаях, когда на момент предъявления иска или вынесения решения фактические затраты кредитором еще не произведены.

Что касается размера упущенной выгоды (неполученного дохода), то в совместном постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 арбитражным судам и судам общей юрисдикции предложено определять его с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести, если бы обязательство было исполнено. В частности, по требованию о возмещении убытков в виде неполученного дохода, причиненных недопоставкой сырья или комплектующих изделий, размер такого дохода должен определяться исходя из цены реализации

готовых товаров, предусмотренной договорами с покупателями этих

товаров, за вычетом стоимости недопоставленного сырья или комплектующих изделий, транспортно-заготовительных расходов и других затрат, связанных с производством готовых товаров.

Данные разъяснения, безусловно, будут способствовать формированию справедливой арбитражно-судебной практики по разрешению споров, связанных с возмещением убытков, причиненных нарушением договорных обязательств. Вместе с тем очевидно, что в правовом регулировании анализируемых отношений явно недостает общей нормы, определяющей пределы размера взыскиваемых убытков. Такую роль в настоящее время призваны выполнять положения ГК об обязательствах вследствие неосновательного обогащения. Согласно ст. 1102 ГК, лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение). Очевидно, что кредитор, требующий от должника возмещения убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением договорного обязательства, в размере, далеко выходящем за пределы того, который необходим, чтобы поставить кредитора в положение, в котором он находился бы, будь обязательство исполнено должником надлежащим образом, может оказаться в положении приобретателя по обязательству вследствие неосновательного обогащения. Данное обстоятельство может служить для суда, рассматривающего соответствующий спор, достаточным основанием для отказа кредитору в иске о возмещении убытков в части, составляющей неосновательное обогащение.

Другая возможность, имеющаяся у суда в подобных ситуациях, – применение положений, содержащихся в ст. 10 ГК, о злоупотреблении правом. Кредитор, предъявляющий должнику требование о возмещении убытков в размере, превышающем разумные пределы, может быть признан лицом, злоупотребляющим правом (в соответствующей части). Это также может помочь суду обеспечить возмещение убытков в справедливом размере.

Однако оба этих варианта требуют от суда. рассматривающего соответствующий спор, тонкого анализа спорных правоотношений и весьма серьезной мотивировки решения об отказе кредитору в возмещении части убытков, поскольку такой отказ возможен лишь при обоснованности применения иных, помимо гражданско-правовой ответственности, институтов гражданского права: обязательства вследствие неосновательного обогащения и отказа в судебной защите нарушенного права в связи с его злоупотреблением.

Ситуация могла бы значительно упроститься, если бы в гл. 25 ГК появилась норма, аналогичная положению, предусмотренному ст. 7.4.2 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУ А, согласно ко

торой: «Потерпевшая сторона имеет право, на полную компенсацию ущерба, возникшего в результате неисполнения. Такой ущерб включает любые понесенные стороной потери и всякую выгоду потерпевшей стороны, полученную ею в результате того, что она избежала расходов или ущерба». В официальном комментарии к данной статье указывается на то, что потерпевшая сторона не должна обогащаться возмещением убытков при неисполнении. Именно поэтому предусмотрено, что необходимо принимать во внимание любую выгоду, возникшую у потерпевшей стороны в результате неисполнения, независимо от того, будет ли она в форме расходов, которые она не понесла (например, ей не пришлось оплачивать проживание в гостинице для артиста, который не явился), либо в виде расходов, которых она избежала (например, в случае неисполнения того, что стало бы для

нее потерянной сделкой)1.

Другой стороной проблемы справедливого возмещения убытков является вопрос доказывания кредитором не только факта наличия убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением должником обязательства, но и их размера.

На первый взгляд вполне естественным является возложение бремени доказывания как наличия убытков, так и их размера на кредитора, предъявляющего должнику соответствующее требование о возмещении убытков. Такой подход укоренился в арбитражно-судебной практике и в подавляющем большинстве случаев является правильным.

В качестве примера подхода арбитражно-судебной практики к определению состава и размера убытков, а также к их доказывайте можно привести два разъяснения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, касающиеся взыскания убытков в случаях, когда поставщик (продавец), получивший предоплату от покупателя, не исполняет свои обязанности по передаче товаров, а также возможности взыскания убытков в условиях инфляции. Следует, однако, учитывать, что соответствующие разъяснения были даны Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации в период, когда еще не действовали нормы нового Гражданского кодекса. поэтому они касаются применения аналогичных положений Основ гражданского законодательства 1991 г., но сам подход к определению размера убытков и способов их доказывания остается неизменным. Итак, вот эти разъяснения.

Если покупатель (заказчик) в соответствии с заключенным договором перечислил поставщику (изготовителю, продавцу) деньги как предоплату за подлежащую поставке (продаже) продукцию (товары), то последний владеет и пользуется ими на законных основаниях, однако при невыполнении

См.: Принципы международных коммерческих договоров. С. 227.

поставщиком (изготовителем, продавцом) предусмотренных договором обязательств он должен немедленно или в установленные договором сроки возвратить полученные средства кредитору.

Невыполнение обязательств по договору и невозврат полученных сумм являются грубыми нарушениями договорно-расчетной дисциплины, ущемляющими интересы кредитора, поскольку у него из оборота изымаются денежные средства. Эти нарушения влекут за собой обязанность должника возместить кредитору не только установленные санкции, но и понесенные убытки. Уплаченные кредитором банку проценты за пользование кредитом являются убытками для кредитора. Для взыскания этих убытков кредитор должен доказать, что он понес их по вине ответчика. Если кредитор представляет такие доказательства, а также доказательства о получении от банка под проценты кредита, взятого для перечисления суммы поставщику (изготовителю, продавцу) в виде предоплаты за подлежащую поставке (продаже) продукцию (товары), а поставщик (изготовитель, продавец), получив эти суммы, не только не выполнил обязательства, но и не возвратил денежные средства, с должника подлежат взысканию в виде убытков уплаченные банку проценты, исчисляемые со дня истечения сроков выполнения обязательств по договору или со дня, когда суммы, согласно заключенному договору, должны быть возвращены, независимо от срока, на который был взят кредит.

В том случае, когда по истечении срока возврата кредита кредитор платит банку повышенный процент за пользование кредитом, он кроме вышеуказанных доказательств должен представить документы, объясняющие причины невозможности возвращения полученного кредита в

установленный срок. При представлении таких доказательств уплаченные банку повышенные проценты за пользование кредитом подлежат взысканию о должника.

Уплаченные кредитором проценты за пользование кредитором со дня, когда должник обязан был выполнить принятые по договору обязательства, могут быть взысканы с должника, не выполнившего обязательства, только в случае представления истцом документов, подтверждающих как причинную связь между понесенными убытками и невыполнением обязательств, так и принятие кредитором мер к предотвращению или уменьшению убытков.

Если в заключенном двумя коммерческими организациями договоре предусмотрено, что должник, не выполнивший обязательства, возмещает кредитору все проценты за пользование кредитом, взятым для перечисления полученной суммы должнику, то кредитор в этом случае должен доказать только уплату банку процентов и невыполнение должником обязательств'.

' См.; Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993. № 1.С. 104.

И другое разъяснение. В соответствии с Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законодательными актами или договором не предусмотрено иное. Следовательно, должник, нарушивший свои обязательства по договору, должен возместить кредитору фактически понесенные последним убытки.

Для взыскания понесенных убытков, в том числе и в условиях инфляции, истец в соответствии с Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации должен представить доказательства, подтверждающие:

а) нарушение ответчиком принятых по договору обязательств; б) причинную связь между понесенными убытками и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств; в) размер убытков (реальных и упущенной выгоды), возникших у истца в, связи с нарушением ответчиком своих обязательств.

Если наступление правовых последствий нарушения зависит от вины, виновность нарушителя предполагается, поскольку не доказано иное (т.е. его невиновность). Поэтому ответчик должен доказать отсутствие своей вины как в нарушении обязательств по договору, так и в причинении истцу

убытков.

Действующее законодательство не предусматривает обязанность должника возмещать кредитору убытки, вызванные инфляцией, но не связанные с невыполнением обязательств по договору.

Если истец представит доказательства, подтверждающие, что понесенные им убытки причинены невыполнением или ненадлежащим выполнением ответчиком обязательств и что он принял все меры к предотвращению этих убытков или уменьшению их размера, фактически понесенные на день предъявления иска убытки подлежат возмещению. При этом следует учитывать фактический размер убытков, исчисленный по примененным истцом ценам и тарифам, действующим в условиях инфляции'.

Данные разъяснения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации не вызывают возражений, но оставляют открытым один вопрос: как должен поступить суд в ситуации, когда факт нарушения должником обязательства и вследствие этого причинения кредитору убытков не вызывает сомнения,

но размер убытков, требование о взыскании которых предъявлено кредитором, не подтвержден надлежащими доказательствами? Ответ на этот вопрос (опять же на первый взгляд) представляется однозначным: коль бремя доказывания размера причиненных убытков возложено на кредитора,

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993. № 11. С.185.

отсутствие надлежащих доказательств, подтверждающих объем заявленных требований, является основанием к отказу в иске. .-,

Вместе с тем представляется, что такой ответ на вопрос о судьбе требований о возмещении убытков, не доказанных по размеру, слишком упрощает ситуацию и не учитывает всего многообразия вариантов, возникающих на практике. Любопытно, что эту проблему видели и оценивали дорег волюционные российские правоведы. В материалах Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения имеются интересные рассуждения на этот счет. Там отмечается, что современный авторам проекта процесс "5 убытках страдает тем существенным недостатком, что суды лишены права определять размер вознаграждения по своему усмотрению и могут присуждать лишь такие убытки, цифры которых вполне доказаны. Между тем для истца доказать в точных цифрах размер убытков представляется в большинстве случаев невозможным, и суды, несмотря на доказанность самого права на вознаграждение, на несомненное существование убытков, отказывают в иске лишь по недоказанности точной цифры убытков. Подобная несправедливость в отношении лиц, потерпевших убытки, равняющаяся в сущности отказу им в правосудии, должна быть устранена предоставлением суду права определять размер убытков по своему усмотрению. Разумеется само собою, что усмотрение суда не должно быть произвольным; суд обязан установить размер убытков по соображениям всех обстоятельств дела'.

Данные рассуждения послужили основанием для включения в книгу V «Обязательственное право» проекта Гражданского Уложения нормы следующего содержания; «Если установление размера вознаграждения за убытки... по свойству требования, не может быть подчинено общему правилу о подтверждении иска доказательствами, то вознаграждение может быть назначено судом по справедливому усмотрению, основанному на соображении всех обстоятельств дела» (ст. 1657)2.

Если же говорить о современных аналогах, то похожее правило (более общее по содержанию) можно обнаружить и в Принципах международных коммерческих договоров. В соответствии со ст. 7.4.3 (п. 3) Принципов, «если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда». В официальном комментарии указывается, что требование достоверности относится не только к существованию ущерба, но и к его размеру. Возможен ущерб, существование которого не подлежит сомнению, но его трудно ус-" тановить в количественном отношении. Поэтому, если сумма убытков не

См.: Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 251. Герценберг В.Э., Перетерский И.С. Обязательственное право, С. 20.

может быть установлена с достаточной степенью достоверности (определенности), «суд, вместо того, чтобы отказать в возмещении или присудить возмещение номинальных убытков, вправе определить справедливый размер понесенного ущерба»1.

Конечно, было бы лучше иметь аналогичную норму и в российском гражданском законодательстве. Однако представляется, что отсутствие таковой не препятствует изменению арбитражно-судебной практики. В конце концов легальным основанием для подобного изменения могут служить

положения, содержащиеся в ст. 6 ГК, в соответствии с которыми, в частности, при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

Как отмечалось, состав убытков, подлежащих возмещению кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства, традиционно со времен римского права состоит из реального (положительного) ущерба и упущенной выгоды (неполученных доходов).

На этих традиционных позициях остался и новый Гражданский кодекс, в соответствии с которым под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Кстати сказать, никак нельзя приветствовать попытки некоторых авторов ввести в наш юридический лексикон иную терминологию, обозначающую иные составные части убытков, которая присуща другим правовым системам, основанным на совершенно иных базисных принципах, нежели российское гражданское право. В качестве иллюстрации можно привести цитату из Научно-практического комментария части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, подготовленного Институтом государства и права Российской Академии наук. Вот цитата из комментария к ст. 393 ГК: «Возмещению подлежат убытки, явившиеся непосредственным и, что особенно важно, неизбежным следствием нарушения должником обязательства или причинения вреда. Такие убытки на практике часто называют «прямыми» в отличие от «косвенных», которые в силу их известной отдаленности от фактов нарушения должником обязательства (причинения вреда) не подлежат возмещению. Под отдаленностью понимается пространственно-временная зона, находящаяся между фактом нарушения должником

Принципы международных коммерческих договоров. С. 229-320.

обязательства (причинения вреда) и косвенными убытками, заполняемая прямыми убытками(?!). Косвенные убытки без прямых убытков не существуют. Возмещение прямых убытков, являющихся следствием установления «непосредственно-неизбежной причинной связи» с фактом нарушения обязательства (причинения вреда), включает в себя как возмещение реального ущерба, так и упущенной выгоды. Наличие данной причинной связи доказывается лицом, требующим возмещения ему причиненных убытков»'.

С научной точки зрения непонятен смысл выделения в составе убытков «косвенных убытков», которые, как оказывается, вовсе и не убытки, поскольку не подлежат возмещению кредитору. С практической же точки зрения появление в Научно-практическом комментарии вместо единого понятия «убытки», составными частями которых являются реальный ущерб и упущенная выгода, двух терминов «прямые убытки» и «косвенные убытки», ничего, кроме путаницы, не принесет.

Однако вернемся к составным частям убытков, предусмотренным ГК. В содержащихся в ст. 15 ГК положениях, регулирующих реальный ущерб и упущенную выгоду, несмотря на традиционный характер этой дифференциации, появились две новеллы, на которые необходимо обратить внимание.

Во-первых, в составе реального ущерба в соответствии с ГК подлежат возмещению кредитору не только фактически понесенные им расходы, но и расходы, которые он должен будет произвести для

восстановления нарушенного права. Такой подход отвечает и тенденциям развития междуна} родного частного права. Так, в соответствии со ст. 7.4.3. Принципов международных коммерческих договоров компенсации подлежит только ущерб, включая будущий ущерб, который установлен с разумной степенью достоверности. Значение появления указанного нового элемента в составе реального ущерба состоит также в обеспечении действия принципа полного возмещения убытков.

Во-вторых, Кодекс определил минимальный предел размера упущенной выгоды в случае, когда должник, нарушивший обязательство, получил вследствие этого доходы. В подобных ситуациях размер упущенной выгоды не может быть меньшим, чем доходы, полученные нарушителем. Данное положение обеспечивает действие принципа, в соответствии с которым никто не может получать выгоду от нарушения права, а также существенно облегчает процесс доказывания размера подлежащих возмещению убытков.

В общих чертах подход российского гражданского права к понятию убытков (реальный ущерб и упущенная выгода), порядку и размеру их воз-

Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая; Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. М.: БЕК 1996 С. 590.

мещения присущ всем правовым системам континентальной Европы, основанным на рецепции римского права. Вместе с тем имеются и весьма существенные особенности, вызванные в конечном итоге, более высокой ступенью развития имущественного оборота, являющегося предметом гражданско-правового регулирования, его многолетним эволюционным развитием, что требовало соответствующего детального правового регулирования.

Если же говорить о концептуальных различиях договорной ответственности, то необходимо отметить прежде всего существенные особенности англо-американской правовой системы, принципиально отличающейся не только от российского гражданского права, но и от права стран континентальной Европы.

Р.О. Халфина отмечала такие основные особенности договорной ответственности по английскому праву, как юридическое содержание права требования, вытекающего из договора (права на возмещение убытков, но не на исполнение в натуре), и безусловный характер договорного обязательства вне зависимости от последующей невозможности его исполнения'. По мнению А.С. Комарова, наряду с отмеченными выше особенностями «важнейшая черта англо-американской договорной ответственности, констатация которой имеет большое практическое значение, заключается в ее исключительном компенсационном характере или, иными словами, отсутствии штрафной функции... Такой подход, имеющий принципиальный характер, проявляется в невозможности взыскания штрафных убытков (punitive, exemplary). По англо-американскому праву субъект ответственности не является центральной фигурой, на которую воздействует право, и все реже возникает необходимость обосновывать ответственность за нарушение норм, регулирующих поведение лица, не исполняющего договор. Экономическое и морально-этическое содержание ответственности окончательно вытесняется в результате усиления ее компенсационной функции, на которую теперь все больше обращается внимания как на способ распределения риска предпринимательской деятельности»2.

Своеобразной особенностью договорной ответственности в англоамериканском праве можно было бы считать институт номинальных убытков, которые присуждаются в случаях, когда потерпевшая

сторона, будучи права по существу, предпринимала добросовестные попытки, но, тем не менее, не смогла доказать размер своего реального ущерба3. По мнению А.С. Комарова, этот правовой институт имеет серьезное значение как

' См.: Халфияа Р.О. Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 257-261. Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 35-36. См., например: Свод английского гразкданского права / Под ред. Э. Дженкса. М.,

1941. С.100.

элемент общего понятия гражданской ответственности и понятия договорной ответственности. Оно проявляется, в частности, в установлении различия между понятиями «ответственность» (liability) и «убытки» (damages). Если в первом случае выясняется, имело ли место правонарушение, и устанавливается вид причиненного ущерба, то во втором – определяется размер понесенного ущерба, юридическая возможность его возмещения, а также размер денежной компенсации этого ущерба'.

При возмещении убытков в доктрине англо-американского права обычно различают два подлежащих правовой защите договорных интереса:

положительный и отрицательный. «Положительный договорный интерес» (expectancy interest) заключается в том, что потерпевшая сторона должна быть поставлена возмещением убытков в такое же положение, в каком она находилась бы, если бы договор был исполнен. Под «отрицательным договорным интересом» (reliance interest) понимается право потерпевшей стороны получить возмещение расходов, которые были ею понесены в расчете на то, что контрагент исполнит свои обязательства по договору2.

В законодательстве же и на практике, как правило, обеспечивается защита положительного договорного интереса, что и предопределяет целя возмещения убытков. Об этом свидетельствует, в частности, норма, содержащаяся в ст. 1-106 Единообразного торгового кодекса США (ЕТК) «Свободное применение средств правовой защиты». Согласно этой норме, пре^ дусмотренные ЕТК средства правовой защиты должны применяться свободно с тем, чтобы потерпевшая сторона могла быть поставлена в такое положение, в каком бы она находилась, если бы другая сторона полностью исполнила свои обязанности; однако ни косвенные, ни специальные, ни штрафные убытки не могут взыскиваться, если иное не предусмотрено в ЕТК или иной норме права3.

В отличие от англо-американского права, где в качестве основного последствия нарушения договорного обязательства применяется денежная компенсация «положительного договорного интереса», право стран континентальной Европы исходит из того, что основным способом зашиты прав потерпевшей стороны в обязательстве является требование о присуждении к исполнению обязательства в натуре, и должник в принципе всегда может быть присужден .к исполнению обязательства в натуре, если этого пожелает кредитор4.

' См.; Комаров А.С. Указ соч. С. 38.

2 См. там же, С. 108.

3 См.: Единообразный торговый кодекс США / Пер. с англ. Серия: Современное зарубежное и международное частное право. М., 1996. С. 47.

4 См.: Гражданское и .торговое право- капиталистических государств. М., 1992. С.279.

Наиболее полное и по отношению к возмещению убытков приоритетное закрепление принцип исполнения обязательств в натуре получил в Германском гражданском уложении (ГГУ). К примеру, в соответствии с параграфом 241 ГГУ кредитор может требовать от должника условленного предоставления, которое может состоять и в воздержании от действия. Что касается возмещения ущерба, то эта мера применяется, если «исполнение в натуре окажется невозможным или недостаточным для полного возмещения кредитора» (параграф 251). Более того, кредитор, желающий получить денежную компенсацию, обязан назначить должнику срок для исполнения и лишь по его истечении и при отсутствии исполнения в натуре может потребовать денежную компенсацию и отказаться принять исполнение в натуре (параграфы 250, 283, 326 ГТУ). Аналогичным образом вопрос об исполнении обязательства в натуре решается и в законодательстве Швейцарии. Согласно ст. 97 Швейцарского обязательственного закона, требование о возмещении убытков может иметь место лишь тогда, когда исполнение в натуре невозможно.

Как уже отмечалось, англо-американское право исходит из иного принципа: при нарушении договорного обязательства кредитор может получить возмещение причиненного ущерба путем уплаты должником денежной компенсации. Правда, в современном американском законодательстве можно найти нормы об удовлетворении требований кредитора и иными способами. К примеру, среди средств правовой защиты покупателя ЕТК (США) называет и истребование от продавца индивидуализированных последним товаров, а также предъявление иска об исполнении в натуре или иска о предоставлении владения движимой вещи (п. 2 ст. 2-711). Еще более общая норма применительно к обязательствам в сфере коммерческого оборота содержится в п. 1 ст. 2-116 ЕТК США, согласно которому судом может быть вынесено решение об исполнении в натуре не только если речь идет об уникальных товарах, но и «при других надлежащих обстоятельствах». Однако с учетом законодательства и реальной судебной практики можно говорить о том, что основным и преобладающим средством защиты кредитора по англо-американскому праву является все же денежная компенсация причиненного ущерба, которую кредитор может всегда получить при нарушении договора.

Англо-американскому праву присущ также весьма жесткий подход к определению размера и доказывайте убытков, что по существу ограничивает возможности применения этой формы ответственности. К убыткам, на которые претендует потерпевшая сторона в обязательстве предъявляются требования непредотвратимости, непосредственности (предвидимости) и достоверности.

Анализируя соответствующие судебные прецеденты, А.С. Комаров отмечает, что в практике судов США признается, что независимо от того, предприняла ли фактически потерпевшая сторона какие-либо действия, ограничивающие ее ущерб (to miligate damage), или нет, она имеет право на возмещение только тех убытков, которые она не смогла бы предотвратить разумными действиями'. Иллюстрацией того, какими могут быть действия стороны по предотвращению ущерба или уменьшению его размера, может служить, например, ст. 2-704 ВТК США, согласно которой в случае необоснованного отказа покупателя от заключенного договора купли-продажи продавец может продать имеющиеся товары, предназначенные покупателю, другому лицу и прекратить дальнейшее их производство либо, «придя к разумному с коммерческой точки зрения решению в целях избежания убытков и для эффективной реализации, завершить изготовление и полностью индивидуализировать товары для данного договора».

Общепринятым как для права стран континентальной Европы, так и для англо-американского права является выделение конкретных и абстрактных убытков. Под конкретными убытками понимаются фактически понесенные кредитором расходы в связи с неисполнением обязательств должником. К примеру, конкретными убытками будут считаться дополнительные расходы кредитора по сделке, заменяющей договор, не исполненный должником.

Абстрактные убытки представляют собой более простой способ исчисления убытков для тех случаев, когда товар, являющийся предметом договора, нарушенного должником, имеет биржевую или иную рыночную цену, В этом случае разница между договорной и рыночной ценами и составляет убытки, размер которых не нуждается в специальном доказыва-нии.

Указанная дифференциация убытков на конкретные и абстрактные имеется не только в законодательстве соответствующих стран, но и в актах международного частного права. Например, Венской конвенцией предусмотрено, что, если договор расторгнут и если разумным образом и в разумный срок после расторжения покупатель купил товар взамен или продавец перепродал товар, сторона, требующая возмещения убытков, может взыскать разницу между договорной ценой и ценой по совершенной взамен сделке, а также любые дополнительные убытки, которые могут быть взысканы на основании конвенции (ст. 75). Об абстрактных убытках говорится в ст. 76 Венской конвенции, согласно которой, если договор расторгнут и если имеется текущая цена на данный товар, сторона, требующая возмещения ущерба, может, если она не осуществила соответствующие закупки

' См.: КомаровА.С. Указ. соч. С. 118.

или перепродажи товаров, потребовать разницу между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой на момент расторжения договора, а также возмещения дополнительных убытков.

Примечательно, что в Принципах международных коммерческих договоров аналогичные положения о конкретных и абстрактных убытках приобретают всеобщий применительно к любым видам договорных обязательств характер. К примеру, право кредитора на возмещение абстрактных убытков закреплено в ст. 7.4.6. Принципов. Согласно данной статье, если потерпевшая сторона прекратила договор и не совершила заменяющую сделку, однако в отношении предусмотренного договором исполнения имеется текущая цена, сторона может получить разницу между договорной ценой и текущей ценой, существующей на момент прекращения договора, а также возмещение любого последующего ущерба. При этом под текущей ценой понимается цена, взимаемая обычно за поставленные товары или оказанные услуги в сравнимых обстоятельствах в месте, где должен быть исполнен договор, либо если в этом месте отсутствует текущая цена, то таковой является текущая цена в таком ином месте, которое представляется разумным для справочной информации.

В официальном комментарии целью указанных положений провозглашается обеспечить доказательство ущерба в случае, когда заменяющая сделка не была совершена, но существует текущая цена в отношении исполнения, являющегося предметом договора. В таких случаях презюмиру-ется, что ущерб составляет разница между договорной ценой и текущей ценой в момент, когда был прекращен договор. Обращает на себя внимание также довольно либеральный подход к доказывайте размера текущей цены. «Такой ценой, – говорится в комментарии, – часто, но совсем не обязательно будет являться цена какого-либо организованного рынка. Доказательство текущей цены может быть получено от профессиональных организаций, торговых палат и т.п.»'.

К сожалению, в тексте Гражданского кодекса Российской Федерации мы не найдем аналогичных

норм ни в общих положениях об обязательствах, ни в положениях, посвященных договору (раздел III ГК). Хотя, конечно же, место подобной норме – в гл. 25 ГК, где речь идет об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, либо в ст. 453 ГК, регулирующей последствия расторжения гражданско-правового договора.

Вместе с тем в разделе IV ГК, посвященном отдельным видам обязательств, имеются нормы о конкретных и абстрактных убытках, аналогичные тем, что содержатся в ст. 75 и 76 Венской конвенции. ; .

Принципы международных коммерческих договоров. С. 234.

Речь идет о нормах об исчислении убытков при расторжении договора поставки (ст. 524). Указанные нормы открывают возможность для применения как конкретных, так и абстрактных убытков, определяемых рао-четным путем, независимо от действий сторон, последовавших после расторжения договора.

Существо правил об исчислении убытков при расторжении договора поставки заключается в том, что если в разумный срок после расторжения договора вследствие нарушения обязательства контрагентом добросовестная сторона покупает товары у другого продавца по более высокой цене;

(покупатель) либо продает товары по более низкой цене (поставщик), чем было предусмотрено договором, она вправе потребовать от контрагента, нарушившего обязательства, возмещения убытков в виде разницы между ценой договора и ценой по совершенной взамен его сделке (конкретные убытки).

Вместе с тем указанные убытки могут быть взысканы и в тех случаях, если сделка взамен расторгнутого договора не совершалась. Для расчета убытков может быть использована текущая цена на соответствующий товар, существовавшая на момент расторжения договора. При этом под текущей ценой понимается цена, обычно взимавшаяся при сравнимых обстоятельствах за аналогичный товар в месте, где должна быть осуществлена передача товара (абстрактные убытки).

Таким образом, в данном случае речь идет о минимальном размере убытков, вызванных расторжением договора поставки в связи с неисполнением обязательств одной из сторон, что, впрочем, не исключает возмещения и иных убытков, причиненных неисполнением либо ненадлежащим исполнением условий договора.

Представляется, что у арбитражно-судебной практики имеется принципиальная возможность применять правила, предусмотренные ст. 524 ГК, о порядке определения размера убытков, вызванных расторжением договора в связи с неисполнением обязательств одним из контрагентов, и к иным видам договорных обязательств, связанных с предпринимательской деятельностью. В данном случае может иметь место аналогия закона (ст. 6 ГК). Добавим, что такое развитие событий значительно облегчило бы кредитору процесс доказывания размера причиненных убытков, что, безусловно, пошло бы на пользу имущественному обороту в целом.

И наконец, об убытках прямых и косвенных, о которых так неосторожно говорится в одном из научно-практических комментариев ГК (см. ст. 524), В зарубежном законодательстве и международном частном праве критерием для их разграничения служит отнюдь не степень отдаленности от фактов

нарушения договорного обязательства, как полагают авторы указанного комментария.

К примеру, в ЕТК США наряду с возмещением убытков в форме денежной компенсации «положительного договорного интереса» (которые могут именоваться прямыми убытками) в определенных случаях кредитор также вправе претендовать на сопутствующие и косвенные убытки. В соответствии со ст. 2-75 ЕТК США сопутствующие убытки покупателя по договору купли-продажи, возникшие в результате нарушения договора продавцом, включают разумные расходы, связанные с проверкой, принятием, перевозкой, хранением и заботой о товарах, от принятия которых покупатель обоснованно отказался, любые коммерчески разумные расходы, затраты и комиссионные выплаты в связи с закупкой заменяющих товаров у другого лица и любой иной разумный расход, возникающий из просрочки или другого нарушения договора. Что же касается косвенных убытков, возникающих в результате нарушения договора продавцом, то они включают:

а) любые потери, возникшие из-за обычных или особых потребностей и нужд, относительно которых есть основания полагать, что продавец знал о них в момент заключения договора и которых нельзя было разумно избежать путем покупки заменяющих товаров у других лиц или иным способом;

б) личный или имущественный вред, являющийся непосредственным результатом любого нарушения гарантии.

А.С. Комаров отмечает, что в доктрине англо-американского права, а также в ряде судебных решений по поводу прямых и косвенных убытков сделаны следующие концептуальные выводы: «Во-первых, необходимо различать ущерб, который возник естественно из нарушения договора и который подлежит возмещению, – так называемые прямые убытки (direct general damages) и особый ущерб (special, consequental damages), который может быть возмещен, если имело место его действительное или подразумеваемое предвидение (предположение), – так называемые косвенные убытки. Во-вторых, цель возмещения любого ущерба зависит от предвидения сторон, поскольку убытки, которые можно разумно предполагать как предвиденные сторонами, являются убытками, естественно возникшими из нарушения договора»'.

Таким образом, по англо-американскому праву критерием выделения косвенных убытков служит их предвидимость сторонами в момент заключения договора.

Если же обратиться к актам международного частного права, то можно также обнаружить примеры использования понятия предвидимости ущерба, однако данное понятие употребляется не для разграничения прямых и

Комаров А.С. Указ соч. С, 124.

косвенных убытков, как это делается в англо-американском праве, а для определения общих пределов ответственности должника, нарушившего обязательство. К примеру. Венской конвенцией установлено, что убытки за нарушение договора одной из сторон составляют сумму, равную тому ущербу, включая упущенную выгоду, который понесен другой стороной вследствие нарушения договора. Такие убытки не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения, учитывая обстоятельства, о которых она в то время знала или должна была знать. В таком контексте предвидимость со стороны должника ущерба, который может быть причинен кредитору при нарушении обязательства, скорее относится к понятию вины как необходимому условию ответственности по обязательствам, нежели к системе критериев для классификации убытков.

Еще одним требованием, предъявляемым зарубежным законодательством и международным частным правом к убыткам, подлежащим возмещению в связи с нарушением договорных обязательств, является их достоверность (определенность). Данное требование, в равной степени относящееся как к факту причинения убытков, так и к их размеру, имеет также непосредственное отношение к проблеме доказывания убытков.

Как уже отмечалось, возможные варианты признания судом убытков достоверными, а их размера – доказанным в зарубежном законодательстве и судебной практике отличаются предельным разнообразием: от простейших схем доказательств конкретных и абстрактных убытков, основанных на ценах заменяющих сделок либо текущей цене при расторжении договоров, до взыскания практически недоказанных (по размеру) убытков, размер которых в этом случае определяется по усмотрению суда.

Наиболее общими принципами американской доктрины достоверности убытков, как отмечал А.С. Комаров, принято считать следующее: «а) если факт ущерба достоверно доказан, его объем и сумма могут быть предметом разумного предположения; б) трудность установления размера ущерба не является препятствием к его возмещению; в) математическая точность в установлении конкретной суммы ущерба не требуется; г) если самое убеди^ тельное свидетельство (best evidence), которое позволяет ситуация, представлено, это является достаточным; д) истец может компенсировать «стоимость» своего договора, которая определена ожидаемыми прибылями (expected profits); е) «прибыли», если их потерю нельзя возместить, могут иногда все таки рассматриваться как доказательство ущерба»'.

1 См.; Комаров А.С. Указ. соч. С. 131.

Принцип достоверности ущерба нашел отражение также в ст. 7.4.3. Принципов международных коммерческих договоров, п. 1 которой гласит:

«Компенсации подлежит только ущерб, который установлен с разумной степенью достоверности». В официальном комментарии к данной статье обращается внимание на то, что данная статья подтверждает хорошо известное требование о достоверности (определенности) ущерба, поскольку невозможно требовать, чтобы неисполнившая сторона компенсировала ущерб, который, может быть, и не возник или не мог никогда возникнуть'.

Особый интерес вызывает т.н. «преддоговорная ответственность» сторон, когда присуждается возмещение убытков не за нарушение договорного обязательства, каковое на стадии преддоговорных контактов еще не возникло, а за недобросовестное или ненадлежащее поведение стороны при заключении договора. Такие нормы известны и российскому гражданскому законодательству. Иллюстрацией к сказанному может служить следующий пример.

Принимая во внимание, что основной сферой применения договора поставки товаров являются предпринимательские отношения, а основными субъектами этих договоров, как правило, коммерческие организации, профессионально занимающиеся производством, закупкой и реализацией товаров, российский законодатель счел необходимым урегулировать отношения, формирующиеся уже на стадии преддоговорных контактов сторон по поводу заключения договора поставки. Этому вопросу посвящены содержащиеся в ГК нормы об урегулировании разногласий при заключении договора поставки (ст. 507). Суть этих норм состоит в том, что сторона, проявившая инициативу в заключении договора, т.е. представившая свое предложение (оферту) потенциальному контрагенту и

получившая от него принципиальное согласие на заключение договора, но при условии изменения некоторых пунктов договора, должна принять меры, которые внесли бы определенность в отношения сторон. В этих целях возможны три варианта действий; во-первых, согласиться с изменением отдельных пунктов договора, предложенных контрагентом; во-вторых, попытаться найти в отношении спорных пунктов договора компромиссное решение, т.е. согласовать возникшие разногласия по отдельным условиям договора; и наконец, в-третьих, отказаться от заключения договора.

Во всех названных случаях сторона, предложившая заключить договор поставки, обязана не позже чем в тридцатидневный срок уведомить другую сторону о своем решении; это необходимо, поскольку контрагент вправе рассчитывать на то, что договор будет заключен, и уже на этой стадии может приступить к подготовке к исполнению договора: поиску поставщиков

Принципы международных коммерческих договоров. С. 229.

сырья или комплектующих изделий, перепрофилированию производства и т.п.

Поэтому сторона, не уведомившая контрагента о принятом ею решении, должна будет возместить убытки, вызванные уклонением от согласования условий договора.

Несравненно более широко понимается преддоговорная ответственность в международном частном праве. К примеру, Принципы международных коммерческих договоров включают в свой состав ст. 2.15. «Недобросовестные переговоры», согласно которой сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, является ответственной за потери, причиненные другой стороне. Недобросовестным, в частности, признается вступление стороны в переговоры или их продолжение при отсутствии намерения достичь соглашения. В официальном комментарии к данной статье подчеркивается, что право стороны свободно вступать в переговоры и решать, какие условия подлежат согласованию, тем не менее не является безграничным, и оно не должно приводить к конфликту с принципом добросовестности и честной деловой практики. Недобросовестные переговоры, помимо случая, когда сторона вступает в переговоры или продолжает их, не имея намерения заключить соглашение с другой стороной, имеют место, когда одна сторона намеренно или по небрежности вводит в заблуждение другую сторону относительно характера или условий предлагаемого договора, независимо от того, делает ли она это, представляя ложную информацию или утаивая обстоятельства, которые с учетом характера сторон или договора должны быть доведены до сведения другой стороны. Что касается ответственности стороны за недобросовестные перегоьоры, то она ограничивается ущербом, причиненным другой стороне. Потерпевшая сторона может получить возмещение расходов, понесенных ею при переговорах, а также компенсацию за утрату возможности заключить другой договор с третьим лицом (т.н. отрицательный договорный интерес). Однако по общему правилу она не может получить возмещение выгоды, которую она имела бы, заключив все таки первоначальный договор (т.н. положительный договорный интерес)'.

Взыскание (уплата) неустойки

Нередко нарушение обязательств влечет за собой не только возмещение должником причиненных убытков, но и уплату им неустойки, установленной законодательством или договором.

' Принципы меяадународных коммерческих договоров-С. 57-58.

Как отмечалось, неустойка (штраф, пени) является одним из способов обеспечения обязательств, суть

которого заключается в определении законом или договором денежной суммы, подлежащей уплате должником кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Однако в ГК нормы о неустойке помещены не только в гл. 23 «Обеспечение исполнения обязательств», но и в гл. 25 «Ответственность за нарушение обязательств)), поскольку применение неустойки является формой гражданско-правовой ответственности. Такой вывод подтверждается тем, что неустойка взыскивается по решению суда либо добровольно уплачивается должником только в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, т.е. при наличии правонарушения; во-вторых, суть неустойки состоит в обязанности должника, нарушившего обязательство, нести дополнительные имущественные потери; в-третьих, неустойка, так же как и убытки, подлежит применению только при наличии условий, необходимых для наступления гражданско-правовой ответственности, что вытекает из п. 2 ст. 330 ГК, согласно которому кредитор не вправе требовать уплаты неустойки, если должник не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства; и наконец, в-четвертых, обязанность должника, нарушившего обязательство, уплатить неустойку обеспечивается государственным принуждением, о чем свидетельствует включение взыскания неустойки в число способов судебной защиты гражданских прав (ст. 12ГК).

О неустойке говорят и как о способе обеспечения исполнения обязательств, и как о форме гражданско-правовой ответственности. В чем же заключаются различия в применении неустойки в качестве указанных двух различных правовых категорий?

Представляется, что при ответе на этот вопрос необходим дифференцированный подход к многообразным ситуациям, возникающим на практике. К примеру, если речь вдет о договорной неустойке, то, включая в договор условие о неустойке за нарушение обязательства, а затем применяя соответствующую неустойку при просрочке исполнения либо ином ненадлежащем исполнении обязательства в целях стимулирования должника к исполнению обязательства в полном объеме и надлежащим образом, стороны имеют в виду применение неустойки прежде всего в качестве способа обеспечения исполнения договорного обязательства. Хотя и в этом случае нельзя исключить использования неустойки в качестве меры имущественной ответственности в целях компенсации потерь кредитора, особенно это касается случаев, когда договором предусмотрена исключительная неустойка.

Совершенно иначе выглядит характер применяемой неустойки в ситуации, когда неустойка взыскивается наряду с убытками в связи с неис-

полнением должником обязательства по договору, что служит основанием прекращения обязательства и освобождает должника от исполнения каких-либо обязанностей по договору. Думается, в подобных случаях правильным будет вывод о том, что неустойка при данных условиях применяется исключительно в качестве меры гражданско-правовой ответственности. В то же время наличие в договоре условия об уплате неустойки за его нарушение свидетельствует о желании сторон использовать неустойку в качестве способа обеспечения исполнения обязательства.

Таким образом, применительно к договорной неустойке можно говорить лишь о преимущественном ее применении либо в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, либо в качестве меры имущественной ответственности, имея в виду, что договорной неустойке всегда присущи оба этих качества.

Что же касается законной неустойки, то, на наш взгляд, она не может признаваться способом

обеспечения исполнения обязательства, ибо никоим образом не «привязана» к какому-либо конкретному обязательству или к конкретным сторонам, вступающим в такое обязательство, а потому и не может служить целям обеспечения его исполнения. Следовательно, законная неустойка в договорных отношениях применяется исключительно в качестве меры имущественной ответственности.

Применение неустойки, наряду с убытками, в качестве меры имущественной ответственности неизбежно ставит проблему соотношения неустойки и убытков, ибо их применение независимо друг от друга обязательно привело бы к нарушению принципов гражданско-правовой ответственности, преследующей цели восстановления нарушенных прав кредитора, но никак не неосновательного обогащения последнего.

В настоящее время в случаях, когда законом или договором установлена неустойка, при нарушении соответствующего обязательства и применении в связи с этим ответственности соотношение подлежащих уплате неустойки и возмещения убытков должно определяться по правилам, установленным ГК (ст. 394).

Суть общего правила, определяющего соотношение неустойки и убытков, заключается в том, что убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой (зачетная неустойка). Однако данное правило изложено в виде диспозитивной нормы. Законом или договором может быть определено иное соотношение неустойки и убытков, возможные варианты которого выглядят следующим образом:

во-первых, может допускаться взыскание только неустойки, но не убытков (т.н. исключительная неустойка). В виде исключительной неустойки, например, применяется большинство' штрафов, установленных

транспортными уставами и кодексами (за задержку транспортных средств под погрузкой и выгрузкой, за просрочку доставки грузов и др.). Это объясняется тем, что практически все транспортные уставы и кодексы содержат положение о том, что транспортные организации, грузоотправители и грузополучатели несут ответственность по перевозкам на основании соответствующих транспортных уставов и кодексов (см., например, ст. 143 УЖД; ст. 126 УАТ). Возможность ограничения ответственности сторон по перевозкам пределами транспортных уставов и кодексов предусмотрена гражданским законодательством (ст. 793 ГК);

во-вторых, когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки (т.н. штрафная неустойка). Санкции в виде штрафной неустойки традиционно предусматривались в Положениях о поставках продукции и товаров за поставку продукции и товаров ненадлежащего качества (см., например: СП СССР. 1988. № 24-25. Ст. 70). Штрафная неустойка установлена также за некоторые нарушения в транспортных уставах и кодексах (см. ст. 155, 159 УЖД);

в-третьих, когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки (альтернативная неустойка). В законодательстве альтернативная неустойка не нашла широкого применения. Однако стороны не лишены возможности предусмотреть в договоре альтернативную неустойку как способ обеспечения исполнения их обязательств.

Данная классификация неустоек, которая иногда представляется единственной и традиционной для отечественной доктрины гражданского права, о чем можно судить по опубликованным постатейным комментариям к части первой ГК1, на самом деле таковой не является. Термины «исключительная неустойка» и «зачетная неустойка», к примеру, были введены в практический обиход В.К. Райхером

лишь в 1955 г.2 Выделение зачетной, штрафной, исключительной и альтернативной неустоек носит чисто прикладной характер и является не более чем технической подробностью правоприменител&ной практики. Предпринимавшиеся в юридической литературе попытки придать указанной классификации неустоек сущностный характер и определить сферы правоотношений, где целесообразно применение того или иного вида неустоек, представляются неоправданными. Так, по мнению О.С. Иоффе, будучи мерой особо обременительной, штрафная неустойка

См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. О.Н. Садиков. М.: Юринформцентр, 1995. С. 385-386; Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научно-практический комментарий. С. 589-590.

См.: Райхер В.К. Штрафные санкции в борьбе за договорную дисциплину // Сов. гос-во и право. 1955. № 5. С. 73-84.

должна использоваться для борьбы с наиболее злостными нарушениями обязательств, такими, например, как поставка недоброкачественной или некомплектной продукции'. Данное утверждение, видимо, можно расценивать лишь как пожелание законодателю умерить свой пыл при установлении законных неустоек, ограничив сферу их применения лишь случаями грубых нарушений договорных обязательств. В условиях централизованной плановой экономики, когда законная неустойка господствовала среди всех мер имущественной ответственности, такая рекомендация законодателю была вполне логичной.

Впрочем, такими же логичными представляются позиции российских правоведов по вопросу соотношения неустойки и убытков в условиях дореволюционной России. Они полагали, что с наступлением неисправности должника неустойка получает значение или штрафа за неисправность, или вознаграждения за убытки. При этом под штрафом понималась отнюдь не штрафная неустойка (в нашем понимании). Значение штрафа придавалось неустойке в том смысле, что взыскание неустойки в определенных случаях соединялось с требованием кредитора (верителя) исполнения обязательства или вознаграждения за убытки. Значение же вознаграждения за убытки неустойка обыкновенно получала в силу закона, и тогда она не соединялась со взысканием действительно понесенных убытков2.

Весьма замечательными представляются рассуждения, имеющиеся в материалах Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения, по поводу места неустойки, имеющей значение штрафа, и сфере ее применения в имущественном обороте3. Российские дореволюционные цивилисты полагали, что хотя точное исполнение лежащего на должнике обязательства имеет весьма существенное значение не только для заинтересованных в том лиц, но и для всего общества, тем не менее стремиться к этому посредством штрафов, назначаемых по частным сделкам по усмотрению сторон и притом поступающих в пользу частных лиц, едва ли целесообразно. Штраф в этом случае получает значение наказания, налагаемого на неисправного должника и обогащающего лишь верителя, который получает штраф в свою пользу даже тогда, когда он не понес никаких убытков. При «неустойке-штрафе» веритель не только получает этот штраф, но и взыскивает убытки, следовательно, получает двойное вознаграждение. Если не представляется возможным бороться против подобного совмещения в том случае, когда стороны сами его устанавливают, то допускать его в силу закона противоречило бы естественному чувству

' См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 163.

2 См.: Граяданское Уложение: Проект. Том второй. С. 201.

3 Там же. С. 201-202,

справедливости и обыкновенному намерению сторон. Если не признать за неустойкой значение штрафа, то следует придать ей значение возмещения убытков (в меру нынешнего понимания речь идет о зачетном характере неустойки.-<4ew.),

Придание неустойке значения средства возмещения убытков делало для российских цивилистов необходимым ответить на вопрос о целесообразности установления особого способа возмещения убытков, не всегда притом соответствующего действительной потере верителя, если удовлетворение его возможно посредством прямого взыскания убытков, что для должника может оказаться вполне достаточным побудительным средством к исполнению обязательства.

Отвечая на этот вопрос, российские цивилисты видели существенное различие между неустойкой как средством возмещения убытков и собственно взысканием этих убытков в смысле обеспечения для верителя и угрозы для должника. Указанное различие заключается в том, что доказать причинение убытков, а в особенности их размер, весьма трудно; доказать же нарушение договора, за которое назначена неустойка, напротив, сравнительно легко. Вот почему неустойка в состоянии сильнее побуждать должника к исполнению обязательства и вернее и легче обеспечивать верителя, нежели взыскание убытков.

Задумывались российские цивилисты и над вопросом о том, не является ли необходимым предоставить сторонам право приводить размер неустойки в соответствие с количеством действительных убытков, раз уж неустойка признавалась не штрафом, а средством возмещения убытков. На этот вопрос в материалах Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения имеется следующий ответ. Раз должник сам предоставил верителю право взыскать с него в случае нарушения обязательства неустойку, он должен подчиниться этому как тогда, когда убытки ниже неустойки, так и тогда, когда убытков совсем причинено не было. Допустить, чтобы веритель мог довзыскивать убытки, если количество их превышает размер неустойки, или предоставить должнику право оспаривать или требовать обратно всю неустойку, если убытков причинено не было, или только ту часть ее, которая превышает количество действительных убытков, – значит уничтожить те выгоды, из-за которых устанавливается неустойка, с согласия самих же сторон'.

С мнением дореволюционных цивилистов перекликается позиция О.С. Иоффе, который в условиях советского периода, отмечая значение неустойки и отграничивая ее от убытков, обращал внимание на следующие обстоятельства. Во-первых, убытки взыскиваются лишь в тех случаях, ко-

См.: Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 204.

гда они действительно причинены, между тем как, несмотря на правонару* шение, убытки могут и не возникнуть. При отсутствии условия о неустойке подобные нарушения не влекли бы для совершившего их лица никаких отрицательных последствий. А для того, чтобы они все же наступили, целесообразно снабдить обязательство особыми обеспечительными мерами. Этой цели и служит условие о неустойке.

' Во-вторых, для взыскания убытков необходимо доказать не только их размер, но и то, что само потерпевшее лицо приняло все необходимые меры для их устранения. Практически это ставит управомоченного в весьма сложное положение и в отдельных случаях может привести к

освобождению нарушителя от ответственности. Во избежание таких последствий желательно обеспечить потерпевшему лицу, хотя бы в точно фиксированных размерах, определенную сумму возмещения в виде неустойки.

В-третьих, убытки – величина неопределенная, они выявляются лишь после правонарушения, тогда как неустойка – величина точно фиксированная, заранее установленная и известная участникам обязательства. Нарушая договор, нарушитель все же сохраняет надежду, что это не повлечет для него невыгодные последствия, ибо речь пока идет о вероятности, но не о неизбежности убытков. Установление условия о неустойке с самого начала вносит ясность: по крайней мере в ее пределах ответственность должна наступить. Неустойка, следовательно, усиливает действенность мер гражданско-правовой ответственности, делает их достаточно определенными.

В-четвертых, когда устанавливаются длительно действующие обязаL тельства, их нарушение чаще всего сводится не к полному отказу от исполнения, а к ненадлежащему исполнению, выражающемуся в просрочке, качественных дефектах и т.д. В момент самого нарушения убытки либо еще не наступают, либо не получают осязаемого выражения. Вопрос об их компенсации может быть поставлен лишь по истечении более или менее значительного времени. Между тем при наличии неустойки кредитор уже в момент нарушения должен располагать средством оперативным, чтобы побудить должника к исполнению обязательства, и достаточно маневренным, чтобы действовать на протяжении всего времени, пока длится правонарушение, а не только в момент, когда выявятся причиненные убытки.

В-пятых, убытки – объективный результат правонарушения, который не может быть дифференцирован в зависимости от значения обязательства, характера правонарушения и других существенных моментов. Такая дифференциация применительно к законной и договорной неустойке позволяет стимулировать исполнение обязательств с тем большей силой, чем более важное значение то или иное обязательство имеет'.

' См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 160.

К словам О.С Иоффе добавим, что с точки зрения должника примене'-ние к нему гражданско-правовой ответственности в форме соответственно убытков или неустойки означает в первом случае полноту возмещаемых кредитору потерь, вызванных нарушением обязательства, которые, естественно, требуют доказывания, а во втором – неотвратимость ответственности (в виде неустойки) за нарушение обязательства, которая применяется независимо от того, будет ли доказан кредитором факт причинения ему убытков, о чем прямо говорится в п. 1 ст. 330 ГК.

В отношении природы неустойки и целей ее применения в юридичег ской литературе советского периода высказывались самые различные точки зрения. К примеру, К.А. Граве полагал, что любая неустойка, кроме штрафной, носит оценочный характер, как способ предварительного подсчета возможных при неисполнении договора убытков, освобождающих от сложной обязанности доказывания их размера в будущем. Значение неустойки К.А. Граве видел в том, что она «обеспечивает возмещение интереса кредитора, фиксируя наперед размер этого интереса, т.е. размер возможных убытков для кредитора от неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства»'. С этой точкой зрения соглашался и Э.Г. Полонский, который утверждал, что, поскольку неустойка во всех видах (кроме штрафной) используется «для возмещения убытков, следует прийти к выводу об ее компенсационном, оценочном характере»2.

Напротив, по мнению В.К. Райхера, заранее производимая оценка будущих убытков есть чистейшая фикция, явно не соответствующая действительности, т.к. если убытки трудно определить даже после нарушения обязательства, то определить их в момент заключения договора просто невозможно. Всякая неустойка есть штраф, хотя, используемая для возмещения убытков, объективно она и выполняет компенсационную функцию3.

О.С. Иоффе обращал внимание на то, что прежде всего неустойка предназначена для стимулирования реального исполнения обязательства. Такую функцию выполняет и обязанность по возмещению убытков. Они сходны и в том, что, за исключением штрафной неустойки, все другие ее виды содержат компенсационный элемент, т.к. либо используются для возмещения убытков (исключительная и альтернативная неустойка), либо за" считываются в сумму их возмещения. Однако связь между обязанностью возместить убытки и самими убытками прямая: убытки подлежат возмещению в том именно размере, в каком они причинены. Напротив, связь между

Граве К.А. Договорная неустойка в советском праве М., 1950. С. 15. 2 Гражданское право. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1969. С. 50.

См. ; Райхер В.К. Штрафные санкции в борьбе за договорную дисциплину // Сов. гос-во и право. 1955. № 5, С. 74,

неустойкой и убытками косвенная: в той мере, в какой неустойка взыскивается, она возмещает убытки, но при ее взыскании вопрос о размере убытков и о том, возникли ли они, не ставится – неустойка есть прямое следствие самого правонарушения, на случай которого она установлена. Именно поэтому ей и присущ штрафной элемент, ибо, установленная заранее, она начисляется независимо от размера убытков и даже при их отсутствии'.

Б.И. Пугинский относит неустойку, впрочем, как и иные меры имущественной ответственности, к правовым средствам обеспечения реализации прав и юридических обязанностей, полагая, что «меры правового обеспечения преобразуются из норм в правовые средства на той стадии, когда применение каждого из них передается на усмотрение субъекта, превращаясь из предписанной обязанности в возможность, и когда использование его служит решению возникающих производственно-хозяйственных и иных задач. Они становятся юридическими способами организации согласуемых деятельностей субъектов»2.

На наш взгляд, во всех случаях, когда исследуется неустойка, необходимо прежде всего определиться, какое качество данной правовой категории подвергается анализу. Если предметом исследования является неустойка как способ обеспечения исполнения обязательства, то мы должны отметить стимулирующую роль применения неустойки (или угрозы ее применения) кредитором в целях понуждения должника к исполнению обязательства. Реализуя неустойку в качестве способа обеспечения исполнения обязательства, кредитор добивается реального исполнения этого обязательства.

Если же анализу подвергается неустойка как мера имущественной ответственности, то мы обнаружим много общего с убытками, И это вполне естественно, поскольку и неустойка и убытки являются формами единой гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательств, главное предназначение которой заключается в возмещении кредитору причиненных ему потерь. Отсюда и компенсационный характер всякой неустойки, включая, между прочим, и штрафную.

К слову сказать, представляются методологически неправильными всякие попытки определить

неустойку через убытки: как твердые убытки, как часть убытков и т.п. Неустойка – самостоятельная форма гражданско-правовой ответственности. Так зачем же ставить ее в подчиненное по отношению к другой самостоятельной форме гражданско-правовой ответственности – возмещению убытков – положение? Напротив, если мы останемся на этой методологической позиции, суть которой заключается в вы-

' См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 166.

2 Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средсгва'в хозяйственных отношениях. С. 131,

136-137.

яснении ответа на вопрос: что «главнее» – неустойка или убытки, нам придется сделать вывод не в пользу последних. Ведь общее правило о зачетном характере неустойки по отношению к убыткам свидетельствует о том, что именно убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой (см. п. 1 ст. 394 ГК). С точки зрения формальной логики напрашивается вывод о том, что в первую очередь взыскивается неустойка, а уж затем в части, ею непокрытой, убытки. Однако ни у кого не вызовет сомнений ошибочность вывода о превалирующей роли неустойки в системе мер гражданско-правовой ответственности.

Суть предлагаемого нами подхода заключается в том, что и уплата неустойки, и возмещение убытков должны во всех случаях рассматриваться как самостоятельные формы ответственности. Если за определенное нарушение договорного обязательства договором или законом предусмотрена неустойка и такое нарушение допущено, кредитор, безусловно, имеет право требования уплаты указанной неустойки должником. Причем в момент взыскания неустойки, как уже отмечалось, от кредитора не требуется представления каких-либо доказательств, подтверждающих как факт причинения убытков, так и их размер.

Проблема же состоит в том, что кредитор вправе требовать возмещения убытков, причиненных ему должником, во всех случаях неисполнения либо ненадлежащего исполнения последним своих обязательств. В тех слу" чаях, когда с должника уже взыскана неустойка, возникает вопрос о возможности применения к должнику двух мер ответственности за одно и то же нарушение. Если речь идет об исключительной либо альтернативной неустойке, мы видим, что законодатель дает на этот вопрос отрицательный ответ, запрещая в этом случае взыскивать убытки.

Немногим отличается позиция законодателя и в отношении зачетной неустойки. Определяя в виде общего правила, что убытки в этом случае могут быть взысканы лишь в части, не покрытой неустойкой (п. 1 ст. 394 ГК), законодатель тем самым учитывает, что, уплатив неустойку, которая, как известно, представляет собой определенную денежную сумму (п. 1 ст. 330 ГК), должник тем самым компенсировал кредитору (полностью или частично) его потери, вызванные нарушением обязательства. Таким образом, вопрос переходит в плоскость правильного определения размера подлежащих возмещению убытков, который сводится к потерям кредитора, оставшимся не покрытыми уплаченной должником зачетной неустойкой. Следовательно, даже в тех случаях, когда к должнику одновременно применяются и зачетная неустойка, и убытки (в части, не покрытой неустойкой), мы имеем дело с ситуацией, когда фактически (и по размеру, и по сути) к должнику применена одна мера ответственности – возмещение убыт-

ков. Данное обстоятельство особенно очевидно в случае, когда кредитор первоначально обращается к должнику с требованием о взыскании убыт" ков, лишая себя тем самым возможности взыскать

неустойку, т.е. применить к должнику две меры ответственности за одно и то же нарушение.

И только в случаях со штрафной неустойкой законодательством или договором в порядке исключения допускается применение двух мер ответственности за одно и то же нарушение обязательства. Кстати, наличие штрафных неустоек является лучшей иллюстрацией правильности определения неустойки, как и убытков, в качестве самостоятельных форм гражданско-правовой ответственности и ошибочности взгляда на неустойку как

на твердую часть убытков.

Если же анализировать неустойку в качестве способа защиты нарушенных субъективных прав кредитора в обязательстве, то мы действительно придем к выводу о том, что неустойка является одним из правовых средств обеспечения реализации прав и интересов участников имущественного оборота, как предлагает Б.И. Пугинский.

О самостоятельном характере неустойки как одной из форм граждан^ ско-правовой ответственности свидетельствует наличие в законодательстве специальной нормы, позволяющей суду уменьшить размер неустойки. В соответствии со ст. 333 ГК, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку. Однако данная норма не затрагивает права должника на уменьшение размера его ответственности на основании ст. 404 ГК (вина кредитора), а также права кредитора на возмещение убытков в случаях, предусмотренных ст. 394 ГК (при взыскании зачетной и штрафной неустойки).

Ранее ГК 1964г., предоставляя суду аналогичное право, основанием для его реализации считал то обстоятельство, что неустойка чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, т.е. ставил возможность уменьшения размера неустойки в прямую зависимость от размера гипотетических убытков кредитора. При этом должны были приниматься во внимание степень выполнения обязательства должником; имущественное положение граждан, участвующих в обязательстве; не только имущественный, но и всякий иной заслуживающий уважения интерес кредитора, т.е. обстоятельства, никак не связанные с возможными убытками кредитора.

Любопытно отметить, что в проекте Гражданского Уложения, внесенного в Государственную думу в 1913 г., также имелась норма, наделявшая суд правом на уменьшение размера неустойки. Отличие же заключается в том, что текст этой нормы вовсе не связывает возможность уменьшения неустойки с убытками. В ст. 1607 проекта говорится следующее:

«Если в договоре назначена неустойка в очевидно преувеличенном размере

или если она представляется чрезмерною ввиду неисполнения должником обязательства лишь в незначительной части, то суд может, по просьбе должника, уменьшить размер неустойки, но обязан при этом принять в соображение не только имущественные, но и другие справедливые интересы верителя»'.

Как видим, основным обстоятельством, открывающим суду возможность уменьшить размер неустойки, признавалась незначительность допущенного должником нарушения обязательства, а вовсе не объем потерь кредитора (верителя). Однако предоставим слово российским цивилистам, подготовившим проект Гражданского Уложения.

Прежде всего возникает вопрос, почему в ст. 1607 проекта речь идет об уменьшении только договорной неустойки. Ответ элементарно прост:

дореволюционное российское гражданское законодательство определяло размер неустойки (т.е. устанавливало законную неустойку) только по заемным обязательствам между частными лицами, а также по обязательствам перед казной, когда неустойка полагается как штраф за неисправность. Что же касается неустойки по договорным обязательствам или, как тогда говорили, «по добровольному условию», то таковые законодательством практически не устанавливались2. Учитывая данное обстоятельство, а также негативное отношение цивилистов – авторов проекта к законодательному установлению неустоек по обязательствам, проблема уменьшения законной неустойки, видимо, представлялась им неактуальной.

В комментарии Редакционной комиссии к ст. 1607 проекта Гражданского Уложения подчеркивалось, что определение размера неустойки предоставляется усмотрению сторон, так как установить какое-нибудь определенное правило для размера неустойки не представляется возможным. В отношении неустойки не наблюдается обычного постоянства в назначении ее размера. Она колеблется в самых различных пределах в зависимости от того, насколько стороны считают для себя важным обеспечить исполнение договора. Таким образом, назначение максимального размера неустойки. было бы необоснованным произволом законодателя, напрасным стеснением договорной свободы. Но так как эта свобода не должна простираться до явного недобросовестного притеснения слабой стороны сильною, то законодатель может допустить спор против чрезмерной, не соответствующей обеспеченным ею интересам неустойки. Уменьшение в этом случае ее размера не может быть обусловлено какими-либо определенными правилами, но должно быть основано на справедливом обсуждении всех обстоятельств

Герценбург В.Э„ Перетерский И.С. Обязательственное право // Граяаданское Уло

жение. Книга V. СПб.. 1914. С, 10. См.: Гражданское Уложение; Проект. Том второй. С. 206.

данного случая, которые, конечно, могут быть весьма разнообразны и не поддаются сколько-нибудь точному исчислению в законе. Поэтому надлежит с доверием отнестись к благоразумию суда, на усмотрение которого и должно быть оставлено решение подобных случаев без другого ближайшего мерила, кроме справедливости, к обеим сторонам.

Само собой разумеется, считали российские цивилисты, что суду должно быть предоставлено право уменьшить неустойку только в том случае, когда должник нуждается в защите, т.е. когда неустойка представляется действительно преувеличенной, причем неустойка может подлежать снижению не только тогда, когда она является чрезмерною при самом ее назначении, но и тогда, когда она становится таковою впоследствии, в случае частичного исполнения должником обязательства.

В материалах Редакционной Комиссии специально подчеркивалось, что проект Гражданского Уложения не устанавливает обязательной связи между частичным исполнением договора и уменьшением размера неустойки: по проекту суд может, если по обстоятельствам дела найдет нужным, уменьшить размер неустойки, но суд не обязан это делать в каждом случае частичного исполнения обязательства (выделено нами. -Авт.)1.

Действующий Гражданский кодекс Российской Федерации (ст. 333) также не связывает напрямую право суда на уменьшение неустойки с размером убытков кредитора, как это было сделано в ГК 1964 г. Критерием для уменьшения неустойки служит соразмерность последствиям допущенного должником нарушения обязательства, что, собственно, не исключает учета незначительности самого нарушения. Однако основными ориентирами для судов служат иные обстоятельства. Постановление

Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерацию) (п. 42) рекомендует судам при решении вопроса об уменьшении неустойки исходить из того, что размер неустойки может быть уменьшен судом; при решении вопроса об уменьшении неустойки следует исходить из того, что размер неустойки может быть уменьшен только в том случае, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства. Причем при оценке таких последствий судом могут приниматься во внимание в том числе обстоятельства, не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товаров, работ, услуг, сумма договора и т.п.)2.

' Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 207.

2 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №9.

С. 15.

В реальной судебной практике, включая и дела, рассмотренные в порядке надзора Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, норма, содержащаяся в ст. 333 ГК, о праве суда уменьшить неустойку получила весьма широкое распространение. В качестве обстоятельств, свидетельствующих о необходимости уменьшить неустойку, принимаются во внимание и незначительность просрочки исполнения обязательства, и превышение размера неустойки над суммой задолженности, и взыскание с должника процентов за пользование чужими средствами и т.д. Более того, нередко встречаются дела, при разрешении которых суд уменьшил неустойку при отсутствии ходатайства ответчика об этом по существу по собственной инициативе либо при рассмотрении дела в апелляционной, кассационной или надзорной инстанции, когда этот вопрос судом первой инстанции вообще не рассматривался. В целом можно сделать вывод о наметившейся тенденции рассматривать уменьшение неустойки при ее несоразмерности последствиям допущенного нарушения в качестве не права, а обязанности суда'.

Все это происходит в силу чрезвычайно низкого уровня договоров, заключаемых участниками имущественного оборота. В огромном числе договоров устанавливаются неустойки, во много раз превышающие все разумные пределы, скажем 5-10 процентов от суммы задолженности за каждый день задержки оплаты товаров, работ или услуг (1800-3600 процентов годовых!), отсутствуют всякие ограничения предельной суммы неустоек, чем, кстати, договоры российских организаций и предпринимателей разительным образом отличаются от зарубежных аналогов и внешнеторговых контрактов, в которых обязательно включаются такие условия, например: «За просрочку исполнения обязательства устанавливается неустойка в размере 0,5 процента от суммы задолженности за каждый день просрочки, но не более 20 процентов от суммы договора».

Не только реальная зарубежная практика заключения договоров, но и законодательство многих стран содержат нормы, ограничивающие применение неустойки за нарушение обязательства и тем самым ориентирующие кредитора в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником на предъявление требования о возмещении убытков, а не о взыскании неустоек. Речь идет не только о положениях законодательства, предоставляющих суду возможность уменьшать неустойку, предусмотренную договором, но и об ограничениях совершенно иного рода, не известных российскому законодательству.

См., например: Вестник Высшего Арбитражного Суда российской Федерации. 1977. № 1. С. 47-48; №

2. С. 58-59; № 3. С. 53-54, 6&-67.

Например, последний (по дате принятия) из гражданских кодексов стран континентальной Европы – Гражданский кодекс Нидерландов -включает в себя следующие положения, ограничивающие применение неустойки по обязательствам; «Кредитор не может требовать исполнения как неустойки, так и обязательства, к которому относится неустойка»; «То, что подлежит исполнению вследствие неустойки, заменяет возмещение ущерба, предусмотренное законом»; «Кредитор не может требовать исполнения неустойки, если на должника не может быть возложена ответственность за недостаток» (ст. 92); «Требованию исполнения неустойки в тех случаях, когда требуется возмещение ущерба, предусмотренное по закону, должно предшествовать предупреждение или другое предварительное заявление» (ст. 93); «Суд может по ходатайству должника, если очевидно, что справедливость требует этого, умерить оговоренную неустойку при условии, что он не может признать кредитору меньше чем возмещение ущерба, предусмотренное по закону, в случае недостатка в исполнении» (ст. 94)'.

Как мы видим, среди мер, ограничивающих применение неустойки, имеется и такая мера, как запрет в случае взыскания кредитором неустойки требовать от должника исполнения обязательства, нарушение которого послужило основанием для применения неустойки. Теоретически можно представить себе такую ситуацию и при применении Гражданского кодекса Российской Федерации, а именно: ст. 396 ГК в случае, когда в связи с неисполнением обязательства (в отличие от ненадлежащего исполнения) к должнику применена исключительная либо альтернативная неустойка, что исключает возмещение убытков. В практике арбитражных судов такие случаи пока не встречались.

Напротив, как уже отмечалось, и арбитражно-судебная практика, и доктрина российского гражданского права рассматривают применение неустойки в качестве меры, «подстегивающей» должника к надлежащему исполнению обязательства. Иными словами, продолжающееся существование обязательства, несмотря на то что за его нарушение к должнику применена неустойка (в том числе и неоднократно), подразумевается a priori.

Между тем вопрос о влиянии взыскания неустойки на судьбу обязательства, за нарушение которого она применена, не так прост, как может показаться на первый взгляд. Иначе как объяснить включение в проект Гражданского Уложения России ст. 1605 следующего содержания: «Если неустойка назначена на случай неисполнения должником обязательства, то веритель имеет право требовать или платежа неустойки, или же исполнения обязательства и возмещения убытков. Если неустойка назначена на случай неисполнения в срок или вообще ненадлежащего исполнения долж-

Гражданский кодекс Нидерландов. Кн. 2,3, 5, б и 7. ЛеЯден, 1996. С. 296.

ником обязательства, то веритель имеет право требовать и платежа неустойки, и исполнения обязательства. Веритель, принявший несвоевременное или ненадлежащее исполнение обязательство без оговорки относительно сохранения за собою права на неустойку, признается отказавшимся от неустойки'.

Особый интерес вызывает то обстоятельство, что по действовавшему на тот период российскому законодательству взыскание неустойки вообще не освобождало должника от ответственности за неисполнение обязательства, что в равной степени относилось как к договорной, так и к законной неустойке. Следовательно, российские цивилисты изменяли принципиальным образом

существовавший правопорядок. Естественно, на то должны были быть весьма серьезные причины. Обратимся к материалам Редакционной комиссии, содержащим обоснование необходимости соответствующего изменения законодательства. Итак, вот взгляд дореволюционных российских юристов на проблему соотношения взыскания неустойки, возмещения убытков и судьбы обязательства.

Для разрешения вопроса о совместимости неустойки с взысканием убытков существенное значение имеет то обстоятельство, признается ли неустойка штрафом за неисправность или возмещением за убытки. Совмещение неустойки со взысканием убытков возможно только тогда, когда на неустойку смотрят как на штраф за неисправность. Оштрафовать должника за неисправность и вместе с тем взыскать с него убытки – вещи совместимые, так как каждая из них преследует свою особую цель.

Но раз признается, что на неустойку не следует смотреть как на штраф за неисправность, то естественно остановиться на неустойке как на средстве возмещения убытков и предоставить верителю в случае нарушения должником обязательства или требовать неустойку, или взыскивать убытки. Признание неустойки несовместимой с взысканием убытков не должно доходить до того, что подобное совмещение признавалось бы недействительным даже тогда, когда сами стороны признают нужным установить его. Правило закона о несовместимости неустойки со взысканием убытков может быть изменено соглашением сторон. Можно находить, что совмещение неустойки с взысканием убытков противоречит понятию неустойки как эквивалента убытков и взаимному отношению между этой неустойкой и убытками, но в сфере гражданских сделок нет основания ограничивать свободу личного произвола, пока проявление его не нарушает прав, носящих публичный характер; добровольное же совмещение неустойки со взысканием убытков не нарушает подобных прав.

Герценберг В.Э., Перетерский И.С. Обязательственное право. С. 10.

Рассматривая вопрос о целесообразности совмещения неустойки, даже при отсутствии прямого соглашения сторон, со взысканием убытков в том случае, когда неустойка назначена на случай неточного исполнения обязательства, российские цивилисты подчеркивали, что такое совмещение само собою вытекает из существа намерения сторон, если неустойка назначена специально на случай ненадлежащего исполнения обязательства. Если неустойкой обеспечивается точное исполнение обязательства, то это потому, что это обстоятельство имеет для верителя особенно важное значение;

но это не устраняет права верителя требовать окончательного исполнения обязательства, хотя он может и отказаться от этого права. Очевидно, что неустойка, выговариваемая на случай несвоевременного или иного ненадлежащего исполнения, предназначается на покрытие тех убытков, которые могут быть причинены именно неточным исполнением, а не совершенным неисполнением; убытки же, которые могут быть причинены неисполнением обязательства, представляют собой особое, независимо от убытков в связи с неточным исполнением, и могут быть обеспечиваемы самостоятельной неустойкой, независимо от неустойки за неточное исполнение.

Если обязательство было исполнено не точно, но веритель согласился на неточное исполнение, то естественно может родиться предположение, что он предпочел удовольствоваться неточным исполнением в виду того, что он имел право не только взыскать неустойку за неточное исполнение, но и настоять на точном исполнении, а если оно почему-либо сделалось невозможным, то взыскать убытки за неисполнение обязательства'.

Многие из аргументов российских дореволюционных юристов могли бы использоваться и сегодня

для обоснования, к примеру, включения в действующий Гражданский кодекс положений, определяющих, скажем, соотношение неустойки и убытков (ст. 394). возмещение убытков и взыскание неустойки и судьбы обязательства (ст. 396).

Проценты по денежному обязательству

Возмещением убытков и взысканием неустойки не исчерпываются меры, которые могут быть приняты кредитором к должнику, допустившему неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательства.

Особое место в ГК занимает ст. 395, посвященная вопросам ответственности за неисполнение денежного обязательства. Дело здесь не только в актуальности соответствующих норм в условиях кризиса неплатежей, когда, с одной стороны, повсеместно не оплачиваются поставленные товары, выполненные работы или оказанные услуги, а с другой стороны, недобро-

См.: Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 207.

совестные продавцы, подрядчики и другие контрагенты в договорах, получив в качестве предоплаты денежные суммы покупателей и заказчиков, пользуются ими в своих интересах, не выполняя своих обязательств по договору. В конце концов, разработка и внедрение правовых средств, направленных на борьбу с такими явлениями, – это задача текущего законодательства, но не Гражданского кодекса, рассчитанного на стабильное многолетнее применение.

Включение в ГК названной статьи преследовало цель защиты прав и законных интересов участников имущественного оборота, добросовестно исполняющих свои обязательства, от незаконных, а нередко и жульнических действий их контрагентов и компенсации причиненного им ущерба.

Чтобы понять новизну, а главное, значение новых положений, содержащихся в ст. 395 ГК, для нормализации и упорядочения имущественного оборота, можно сравнить их с нормами, которые применялись до введения Кодекса в действие.

Ранее в случае просрочки исполнения денежного обязательства кредитор был вправе требовать уплаты должником за время просрочки 5 процентов годовых, начисленных на сумму, уплата которой просрочена, если законодательными актами или соглашением сторон не был установлен иной размер процентов. Если же просрочка денежных обязательств имела место в отношениях, связанных с предпринимательской деятельностью, 5 процентов годовых рассматривались s качестве неустойки, которая подлежала уплате сверх процентов, взимаемых за пользование чужими средствами (п. 3 ст. 66 Основ гражданского законодательства 1991 г.). Вместе с тем в законодательстве отсутствовали нормы, устанавливающие проценты за пользование чужими средствами при просрочке денежных обязательств. Поэтому в случае нарушения денежных обязательств, возникших из договора, потерпевшей стороне (кредитору) зачастую приходилось довольствоваться взысканием с должника лишь неустойки в размере 5 процентов годовых.

В то же время, если отношения, связанные с удержанием чужих денежных средств, возникали при отсутствии договора, они квалифицировались как обязательства из неосновательного обогащения, а на удерживаемую сумму начислялись проценты за пользование чужими средствами в размере средней ставки банковского процента, существующей в месте нахождения кредитора (п. 3 ст. 133 Основ гражданского законодательства).

Таким образом, в аналогичных ситуациях (например, при передаче товара покупателю и просрочке его оплаты) положение кредитора, действующего без заключения договора с должником, оказывалось предпочтительней положения кредитора, оформившего свои отношения с должником договором.

Любопытно, что арбитражно-судебная практика стремилась как-то сгладить эти диспропорции, что нашло отражение, в частности, в некоторых разъяснениях и рекомендациях Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Особенно интересным представляется разъяснение по вопросу о возможности применения п. 3 ст. 133 Основ гражданского законодательства в отношениях, основанных на договоре поставки товаров. Суть этих разъяснений заключается в следующем.

Если при рассмотрении имущественного спора будет установлено, что поставщик (изготовитель), искусственно используя заключенный с покупателем договор поставки, выставил последнему бестоварный счет (мнимая или притворная сделка), с него подлежат взысканию проценты, указанные в п. 3 ст. 133 Основ гражданского законодательства. Указанные проценты применяются и тогда, когда заключенный сторонами договор поставки (оказания услуг, выполнения работ) признан в установленном порядке недействительным либо суммы, подлежащие возврату, были перечислены кредитором без договора, а должник их не возвратил'.

Чрезвычайно важное значение для регулирования имущественного оборота имеет правильное определение правовой природы процентов, взимаемых в случае неисполнения денежного обязательства. В последние годы в арбитражно-судебной практике проценты, взимаемые по денежным обязательствам, зачастую рассматривались в качестве неустойки, чему в немалой степени способствовала неудачная редакция ст. 66 Основ гражданского законодательства. Такой подход в наиболее яркой форме нашел отражение в одном из разъяснений Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, согласно которому «для взыскания неустойки в размере пяти процентов годовых за просрочку платежа должен применяться сокращенный шестимесячный срок давности»2.

В отдельных случаях проценты за пользование чужими денежными средствами рассматривались арбитражными судами в качестве убытков в виде упущенной выгоды. Однако в этом случае невозможно объяснить позицию законодателя, включившего в текст ст. 395 ГК норму о соотношении процентов и убытков (п. 2).

На заседании Научно-консультативного совета Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, состоявшемся 1 декабря 1995 г., было рекомендовано исходить из того, что предусмотренные ст. 395 проценты за пользование чужими денежными средствами представляют собой плату за пользование денежными средствами, некий эквивалент их стоимости в

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда российской Федерации. 1994. №4. С. 90. 2 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993. №9. С.104.

имущественном обороте, являющийся по своей правовой природе специальной мерой гражданско-правовой ответственности, которая не может быть отнесена ни к неустойкам, ни к убыткам. Указанные рекомендации должны были быть воспринятыми арбитражно-судебной практикой, в частности, в виде следующих выводов: во-первых, взимание процентов за пользование чужими денежными средствами не препятствует удовлетворению требований кредиторов о взыскании с должника законной или договорной неустойки, в том числе и в виде непрерывно текущей пени; сумма подлежащих уплате процентов не может быть уменьшена судом по мотивам ее несоразмерности последствиям нарушения обязательства, как это предусмотрено в отношении

неустойки (ст. 333 ГК); неустойка и проценты являются самостоятельными, независимыми друг от друга мерами ответственности, что исключает применение в подобных ситуациях положений ГК о зачетном характере неустойки (ст. 394).

Основные положения, предусмотренные ст. 395 ГК, действительно привносят немало нового в арбитражно-судебную практику,

Во-первых, обязанность должника уплатить проценты за пользование чужими средствами теперь установлена для всех случаев их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, а также неосновательного получения или сбережения за счет другого лица, в том числе когда денежные обязательства возникли из договора.

Во-вторых, размер процентов за пользование чужими денежными средствами определяется учетной ставкой банковского процента, которая существует в месте жительства (для граждан) или месте нахождения (для юридических лиц) кредитора. В настоящее время арбитражные суды применяют единую ставку рефинансирования Центрального банка Российской Федерации.

В-третьих, проценты за пользование чужими денежными средствами по отношению к убыткам носят зачетный характер. При наличии оснований подлежащие возмещению должником кредитору убытки уплачиваются1 только в части, превышающей сумму процентов за пользование чужими' денежными средствами.

В-четвертых, период, в течение которого начисляются проценты за' пользование чужими денежными средствами, заканчивается днем уплаты суммы долга кредитору, если более короткий срок не установлен законом, иным правовым актом или договором,

В случае, когда взыскание указанных процентов производится по решению суда, проценты за пользование чужими денежными средствами Должны быть начислены и за период со дня вынесения судом соответствующего решения по день его фактического выполнения;

Следует заметить, что такой подход существенно изменяет практику арбитражных судов, которые ранее при взыскании процентов или длящихся неустоек обычно капитализировали подлежащую уплате сумму на день вы" несения решения и указывали ее в исполнительных листах, выдаваемых взыскателю, в твердом размере.

Теперь же в решениях суда и исполнительных документах, выдава&г, мых взыскателям, должны быть указаны сумма, на которую начисляются проценты, размер этих процентов и дата, с которой необходимо производить их начисление. Конкретная же сумма, которую составят взимаемые проценты, должна определяться соответствующим банком на день, когда фактически производится исполнение решения суда, т.е. со счета должника списывается и перечисляется кредитору сумма, взыскиваемая в соответствии с судебным решением.

И еще одно замечание по поводу применения норм об ответственности за неисполнение денежных обязательств в арбитражно-судебной практике. Недопустимым было признано чрезмерно узкое, формальное толкование указанных норм, что проявилось на практике. Понятие «чужие денежные средства» включает в себя не только средства, принадлежащие другому лицу, но и средства, предназначенные контрагенту по обязательству за поставленные (проданные) товары, выполненную работу, оказанные услуги, несмотря на то, что средства формально не являются «чужими» для должника.

Отмеченные подходы арбитражно-судебной практики к применению" положений, предусмотренных ст. 395 ГК, нашли свое подтверждение в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (пп. 51-52)'. Добавим к этому включенное в данное постановление (п. 52) разъяснение, касающееся процентов по валютным денежным обязательствам, имеющее большое практическое значение. Согласно этому разъяснению, в случаях, когда в соответствии с законодательством о валютном регулировании и валютном контроле денежное обязательство выражено в иностранной валюте и отсутствует официальная учетная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в месте нахождения кредитора, размер процентов определяется на основании публикаций в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в месте нахождения кредитора,,

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №9-С.17-18.

Если же отсутствуют и такие публикации, размер подлежащих взысканию процентов устанавливается на основании предоставляемой истцом в качестве доказательства справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора, подтверждающей применяемую им ставку по краткосрочным валютным кредитам.

Однако в названном постановлении Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ и других документах арбитражно-судебной практики отсутствует ответ на главный вопрос, который по существу предопределил бы решение всех других проблем, возникающих при применении норм о процентах за пользование чужими денежными средствами. Речь идет о-правовой природе процентов годовых.

В юридической литературе можно встретить различные точки зрения по этому вопросу, которые можно было бы объединить в четыре позиции. Во-первых, большая группа известных правоведов придерживается того взгляда, что проценты за пользование чужими денежными средствами представляют собой компенсацию или вознаграждение (плату) за пользование капиталом (денежными средствами).

Эту точку зрения, в частности, последовательно отстаивал Л.А. Лунц, который утверждал, что «проценты представляют собой периодически начисляемое на должника вознаграждение за пользование «чужим» (т.е. подлежащим возвращению управомоченному лицу) капиталом в размере, не зависящем от результатов использования капитала...»'. Не соглашаясь с теми, кто считал проценты формой возмещения убытков, Л.А. Лунц обращал внимание на то, что «было бы неправильно утверждать, что проценты, причитающиеся кредитору в случае просрочки должника, являются формой возмещения убытков, ибо проценты и в этом случае причитаются кредитору независимо от наличия или отсутствия убытков у кредитора»2,

Аналогичной точки зрения придерживался И.Б. Новицкий, отмечавший, что «под именем процентов разумеют в хозяйственной жизни вознаграждение, которое должник обязан платить кредитору за пользование капиталом. Этот эквивалент определяется поэтому в пропорциональном отношении к сумме капитала и периоду времени, в течение которого капитал находится в пользовании»3.

Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства. М.: Финансовое издательство НКФ СССР, 1927. С. 82-

83.

1

Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М.: Юриздат, 1948. С. 63.

См.: Гражданский кодекс, Практический комментарий ГК // Под ред. А.И. Винавера и И.Ё. Новицкого; Новицкий И.Б. Обязательственное право: Комментарий к ст. 106-129. М,: Право и жизнь. 1925. С. 28.

В комментарии к ст. 226 ГК РСФСР 1964 г. М.И. Брагинский подчеркивает, что проценты годовых не являются разновидностью неустойки (пени) и входят в само содержание долга. Поэтому к ним не могут применяться ни правила об уменьшении неустойки, ни правила о сокращенных сроках исковой давности'.

Н.Г. Вилкова определяет проценты как денежные доходы, которые должник извлекает из необоснованного сбережения или пользования денежными средствами кредитора. Применительно к процентам годовых, предусмотренных ст. 473 ГК РСФСР 1964 г., она делает вывод, что взыскание процентов должно производиться независимо от вины должника в силу самого факта неосновательного приобретения или сбережения чужого имущества. Основанием требования о взыскании таких процентов служит противоправность действий должника, выразившаяся в неосновательном получении доходов от суммы сбереженных им денежных средств2. 1

Последовательно отстаивает точку зрения на проценты годовых как на вознаграждение (плату) за пользование должником денежными средствами, принадлежащими кредитору, М.Г. Розенберг. Сравнивая практику Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате российской Федерации (МКАС) и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по применению положений законодательства о процентах годовых, М.Г. Розенберг поддерживает практику МКАС, который в отличие от Высшего Арбитражного Суда не считает, что проценты за пользование чужими денежными средствами (речь шла о п. 3 ст. 66 Основ) могут взиматься по договорным обязательствам только в случаях, когда такой порядок предусмотрен законодательством, а применяет нормы о процентах во всех случаях, когда имеет место пользование чужими денежными средствами3. По мнению М.Г. Розенберга, проценты годовые не относятся к мерам имущественной ответственности4.

Во-вторых, проценты годовых за пользование чужими денежными средствами признаются неустойкой за нарушение обязательства. Как уже отмечалось, данная позиция нашла отражение в практике Высшего Арбит-

' См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Са-дикова. М.: Юриздат, 1982. С. 270.

См.: Вилкова Н.Г. Проценты годовые по денежным обязательствам из договора внешнеторговой купли-продажи: Материалы секции права ТПП СССР. Вып. 34. М,, 1983. С. 57-59.

См.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи: Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 1996. С. 88-89.

Розенберг М.Г. Ответственность за неисполнение денежного обязательства: Комментарии к

Гражданскому кодексу Российской Федерации, М., 1995. С. 12-13.

ражного Суда Российской Федерации, связанной с применением норм о процентах годовых, взимаемых при просрочке исполнения денежного обязательства по договорам (ст. 66 Основ 1991 г.).

В-третьих, некоторые авторы исходят из того, что проценты представляют собой форму возмещения убытков в связи с неисполнением должником денежного обязательства. Такой точки зрения придерживается, в частности, О.Н. Садиков, указывающий, что проценты, которые подлежат уплате при несвоевременном выполнении денежных обязательств, следует отличать от неустойки. По своей экономической сущности процент является ценой кредита. Следовательно, его взыскание представляет собой форму покрытия материальных потерь и процент должен быть признан разновидностью возмещения убытков. Такой вывод означает, что к процентам не должны применяться правила о неустойке: о сокращенном шестимесячном сроке исковой давности и о допустимости снижения размера неустойки судом и арбитражем'.

В научно-практическом комментарии к части первой ГК 1994 г., подготовленном Институтом государства и права Российской академии наук, указывается, что кредитор, не получивший причитающиеся ему платежи, лишен возможности использовать соответствующую сумму и вынужден прибегать к заемным средствам, для того чтобы избежать ущерба, который может у него возникнуть из-за невозврата причитающихся ему сумм. За пользование заемными средствами он, естественно, должен заплатить заимодавцу, каковым чаще всего является банковское учреждение, определенную сумму, выражающуюся обычно в процентах годовых. Эти расходы кредитора и составляют его убытки, ставшие результатом неисполнения денежного обязательства со стороны должника. Должник обязан возместить эти убытки в форме уплаты процентов на сумму задолженности. При этом кредитор не должен доказывать и размер дохода, который должник получил, незаконно пользуясь его денежными средствами. Право кредитора получить возмещение убытков в виде процента на сумму невозвращенных средств также не ставится в зависимость от того, как использовал его средства должник, в частности какой он получил доход, использовал ли их2.

В-четвертых, некоторые авторы, не признавая проценты годовых ни неустойкой, ни убытками, все же полагают, что проценты за пользование' чужими средствами должны быть отнесены к гражданско-правовой ответ-

' См.: Садиков О.Н. Обеспечение исполнения внешнеторгового договора: Учебное пособие. М., 1979. С. 5-6.

См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Научно-практический комментарий. С. 593.

ственности и составляют отдельную категорию нетипичных (специальных) мер имущественной ответственности. Так, Б.И. Пугинский утверждает, что наряду с неустойками и убытками «имеется ряд средств имущественного воздействия, которые в силу присущих им особенностей могут быть выделены в самостоятельную группу нетипичных мер ответственности. В частности, обязанность стороны, неосновательно пользовавшейся чужими денежными средствами (иногда – имуществом), уплатить другой стороне проценты за все время пользования... годовые проценты не могут быть отнесены к неустойке. Они предназначены компенсировать потери кредитора, хотя имеют очевидную вторую цель – наказание нарушителя. Для взыскания годовых процентов применяются общие сроки исковой давности, а не сокращенные, как для неустойки и пени»'.

Если обратиться к историческому опыту отечественной цивилистики, то мы увидим, к примеру, что нормы о процентах годовых помещались в трех различных разделах («отделениях») Книги V проекта Гражданского Уложения: в отделении 1 гл. III «Порядок исполнения обязательств»; в отделении II гл. III «Последствия неисполнения обязательств» и в гл. УП (не имеющей отделений) «Заем».

В отделении 1 гл. III ГУ обращают на себя внимание ст. 1632 и 1633. Согласно первой из них, проценты могут быть требуемы верителем на причитающиеся ему денежные суммы лишь в том случае, когда они назначены в договоре или установлены законом. Определение размера процентов предоставляется усмотрению договаривающихся сторон. При неопределении в договоре размера процентов, а равно в случаях, в коих по закону причитаются проценты, они полагаются по пяти на сто в год (узаконенные проценты). В соответствии же со ст. 1633 во всех случаях, когда имеется соглашение о процентах, подлежат применению правила о процентах, содержащиеся в нормах о договоре займа.

В материалах Редакционной комиссии уплата процентов, предусмотренных названными статьями проекта ГУ, рассматривалась в качестве добавочного обязательства ко всякому обязательству, состоящему в платеже денежных сумм. Однако отмечалось, что из самого существования обязательства уплатить определенную денежную сумму еще не вытекает обязательства платить проценты, для этого необходимо самостоятельное основание. Источником обязательства платить проценты, т.е. необходимым основанием, могут служить договор или закон. Вместе с тем у российских цивилистов не вызывало сомнений, что течение процентов может быть опреде-

' Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственной деятельности;

С. 140; см. также: Витрянский В.В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота: Диссертация. М., 1996. С. 29-30.

ляемо по закону не только в обязательствах, устанавливаемых законом, или происходящих из недозволенных деяний, или как следствие неисполнения (просрочки) обязательства, но и в обязательствах договорных. Задача комментируемых норм заключалась в том, чтобы установить обязательство платить проценты в дополнение к обязательству главному, вытекающему из договора, во всех тех случаях, в которых это представляется справедливым или целесообразным. Бесспорным представлялось также разработчикам проекта ГУ, что свобода относительно установления по взаимному соглашению размера роста денежных средств (размера процентов) должна быть предоставлена всем вообще договаривающимся сторонам без различия, в какой именно договор они включают соглашение о процентах. Равным образом не вызывало сомнений, что правило об узаконенных процентах имеет применение ко всем договорным и недоговорным обязательствам'.

Из сказанного следует, что уплата процентов за пользование денежными средствами по заемным или иным денежным обязательствам рассматривалась составителями ГУ как дополнительное обязательство, основанное на законе или договоре, необходимость которого диктуется особенностями денег, которые, выступая в качестве предмета обязательств, в имущественном обороте дают прирост. Интересно, что и размер узаконенных процентов (5 процентов годовых) обосновывался условиями денежного рынка Росии того периода, которые были таковы, что «капитал в надежные процентные бумаги (государственные или правительством гарантированные) нельзя поместить более чем из пяти процентов»2. В таком виде узаконенные проценты безусловно представляются как плата за пользование денежными средствами.

В то же время нормы о процентах, взимаемых в связи с просрочкой платежа, были помещены в отделении II «Последствия неисполнения обязательств» этой же главы III «Исполнение обязательств» среди норм об ответственности должника за просрочку исполнения обязательства. В соответствии со ст. 1 ббб проекта ГУ должник, просрочивший платеж денежной суммы, обязан уплатить верителю в виде вознаграждения за убытки узаконенные проценты с просроченной суммы за все время просрочки или же проценты, назначенные по договору, если они и выше узаконенных, причем веритель не лишается права на возмещение понесенных им убытков, превышающих причитающиеся ему проценты.

Комментируя данную статью, составители проекта ГУ отмечали, что вознаграждение за убытки, понесенные верителем вследствие просрочки,

См.: Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 229. См. там же.

ло общему правилу определяется в том размере, в каком они доказаны. Из этого правила допускается исключение относительно обязательств, состоящих в платеже денежных сумм путем предоставления верителю права требовать узаконенного процентного вознаграждения с просроченной суммы без представления доказательства наличности убытков и их размера. Особый интерес представляет следующая фраза комментария: «... закон равным образом не заключает в себе ограничения верителя в праве требовать вознаграждения в размере, превышающем узаконенные проценты и законную неустойку (выделено нами. – Авт.), если им доказано, что действительные убытки не покрываются узаконенным вознаграждением»1.

Текст ст. 1666 проекта ГУ и комментарий к ней, на наш взгляд, свидетельствуют об отношении к процентам, взимаемым при просрочке денеж--ного обязательства, как к самостоятельной мере ответственности в форме узаконенного процентного вознаграждения, которая применяется наряду с неустойкой и с вознаграждением за убытки, по отношению к которому проценты носят зачетный характер.

Положения о процентах годовых можно найти и в актах унификации современного международного частного права. К примеру, в Принципах международных коммерческих договоров имеется ст. 7.4.9. «Проценты годовых при неплатеже», которая устанавливает следующие правила. Если сторона не уплачивает денежную сумму при наступлении срока платежа, потерпевшая сторона имеет право на проценты годовых на эту сумму с момента наступления срока платежа до момента уплаты, независимо от того, освобождается ли сторона от ответственности за неплатежи. Размер процентов годовых должен составлять среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, превалирующую в отношении валюты платежа в месте платежа, либо если такая ставка отсутствует в этом месте, то такую же ставку в государстве валюты платежа. При отсутствии такой ставки в любом из этих мест в качестве ставки процентов годовых должна применяться соответствующая ставка, установленная законом государства валюты платежа. Потерпевшая сторона имеет право на возмещение дополнительных убытков, если неплатеж причинил ей больший ущерб.

В комментарии к этой статье подчеркивается, что ущерб, являющийся результатом просрочки в платеже денежной суммы, подчиняется специальному режиму и исчисляется как фиксированная сумма, соответствующая годовым процентам, начисленным в период времени между сроком наступления платежа и моментом, когда платеж в действительности имел место. Проценты подлежат уплате в любом случае, когда просрочка платежа до-

' Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 258.

пущена неисполнившей стороной, и они начисляются с момента наступления срока платежа. Ущерб исчисляется как фиксированная сумма. Иными словами, потерпевшей стороне нет необходимости доказывать, что она могла бы инвестировать причитающуюся сумму под более высокий процент, или неисполнившей стороне доказывать, что потерпевшая сторона могла бы получить деньги под более низкий процент, чем средний уровень ставок. Стороны могут заранее согласовать иную ставку процентов, что не изменяет порядок их применения. Что касается ставок процентов, то ст. 7.4.9. закрепляет в качестве таковой среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, поскольку, по мнению УНИДРУА, такой подход лучше всего соответствует потребностям международной торговли и наиболее подходит для обеспечения адекватной компенсации понесенного ущерба. Это – ставка, по которой потерпевшая сторона при обычных условиях будет брать взаймы денежную сумму, которую она не получила бы от неисполнившей стороны. Эта обычная ставка и есть средняя банковская ставка краткосрочного кредитования первоклассных заемщиков, превалирующая в месте платежа в отношении валюты платежа.

Несмотря на то что для характеристики процентов годовых в комментарии УНИДРУА используется термин «ущерб», однако природа процентов определяется однозначно как плата за пользование денежными средствами, что подтверждается положением о том, что проценты подлежат уплате даже в том случае, если просрочка платежа явилась следствием форс-мажора, как компенсация обогащения должника в результате неплатежа, т.к. должник получает прирост на сумму, которая не может быть выплачена кредитору'.

Перед тем как изложить нашу позицию в отношении природы процентов годовых за пользование чужими денежными средствами, мы хотели бы отметить, что различные точки зрения на этот счет во многом предопределялись или хотя бы учитывали положения законодательства, действовавшего в соответствующий период. Поэтому, исследуя природу процентов, мы должны исходить прежде всего не из гипотетических процентов, а из процентов годовых, имеющих тот вид, который вытекает из действующих гражданско-правовых норм.

Не можем мы также абстрагироваться от общепринятых подходов в законодательной технике, полагаясь при этом на разумность действий законодателя. По этой причине, к примеру, a priori нельзя принять позицию авторов, относящих проценты к разновидности убытков. Определяя зачетный по отношению к убыткам характер процентов (так же как и в отношении

См.: Принципы международных коммерческих договоров. С. 239-241.

неустойки) и предусматривая правило о взыскании убытков в части, не покрытой процентами (п. 2 ст. 395 ГК), законодатель, действуя разумно, никак не мог исходить из того факта, что проценты являются убытками. В равной степени это относится и к иным многочисленным нормам, содержащимся в ГК, в которых понятия «убытки», «проценты», «неустойка» употребляются в качестве отдельных, самостоятельных категорий (см. ст. 337, 363, 365, 384 и некоторые другие).

Что же касается иных точек зрения на природу процентов годовых, в соответствии с которыми проценты признаются платой за пользование денежными средствами, неустойкой за нарушение обязательства либо нетипичной (специальной) мерой ответственности, то все они, на наш взгляд, в той или иной степени нашли отражение в Гражданском кодексе Российской Федерации. Дело в том,

что в различных статьях ГК, где речь идет об уплате процентов годовых, имеются в виду разные по своей природе меры воздействия на должника. Анализ же природы процентов годовых должен производиться не обособленно, применительно только к ст. 395 ГК, как это имеет место в литературе, он должен охватывать всю совокупность норм, предусматривающих уплату процентов.

Прежде всего, необходимо обратить внимание на положения, содержащиеся в ст. 823 ГК, о том, что договорами, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, может предусматриваться предоставление кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров, работ или услуг (коммерческий кредит), если иное не установлено законом. К коммерческому кредиту применяются правила о заемном обязательстве, если иное не предусмотрено правилами о договоре, из которого возникло соответствующее обязательство, и не противоречит существу такого обязательства. Учитывая данную формулировку, можно сделать вывод о том, что коммерческий кредит имеет место во всех случаях, когда по возмездному договору предусматривается в качестве предоставления исполнения (хотя бы одной из сторон) уплата денежных сумм.

Далее необходимо обратить внимание на п. 1 ст. 809 ГК, согласно которому, если иное не предусмотрено законом или договором, заимодавец имеет право на получение с заемщика процентов на сумму займа в размерах и в порядке, определенных договором. При отсутствии в договоре условия о размере процентов их размер определяется существующей в месте жи-1 тельства заимодавца, а если заимодавцем является юридическое лицо – в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей

части. Принимая во внимание, что в силу ст. 823 ГК данная норма регулирует не только заемное обязательство, но и все обязательства, связанные с коммерческим кредитом, можно сделать вывод о том, что указанная норма (а не нормы, содержащиеся в ст. 395 ГК!) и есть то положение, которое устанавливает узаконенные проценты как плату за пользование чужими денежными средствами, имеющими свойство прирастать при их использовании в имущественном обороте.

Что же касается процентов за пользование чужими денежными средствами, предусмотренных ст. 395 ГК, то они установлены на случай неисполнения (просрочки исполнения) денежного обязательства и могут применяться лишь в качестве ответственности должника за соответствующее нарушение обязательства.

Однако проценты, взимаемые за неисполнение денежного обязательства, не могут признаваться неустойкой как по юридико-формальным причинам, так и по соображениям по существу. Юридико-формальные обстоятельства, не позволяющие квалифицировать проценты годовых в качестве неустойки, заключаются в дифференцированном регулировании названных правовых категорий.

Если же говорить о существе проблемы, то следует заметить, что при внешней схожести (особенно по форме исчисления) с неустойкой (в особенности с пеней) проценты годовых за пользование чужими денежными средствами, в отличие от неустойки, не могут признаваться способом обеспечения исполнения обязательств. Кроме того, признание процентов годовых неустойкой потребовало бы применения всех оснований освобождения должника от ответственности; форс-мажорные обстоятельства, в соответствующих случаях отсутствие вины и т.п., что коренным образом расходится с общепринятыми представлениями о денежных обязательствах и процентах годовых.

Проценты годовые за неисполнение (просрочку исполнения) денежных обязательств являются самостоятельной, наряду с возмещением убытков и уплатой неустойки, формой гражданско-правовой ответственности. Причем особенности процентов годовых, выделяющие их в самостоятельную форму гражданско-правовой ответственности, следует искать не столько в специфике их исчисления, доказывания и применения, как это имеет место в случае с убытками и неустойкой, а в специфическом предмете самого денежного обязательства,

Деньги, как известно, являются особым объектом гражданских прав, они всегда заменимы, поскольку всегда наличествуют в имущественном обороте, они не теряют своих свойств в процессе использования в имущественном обороте, напротив, им свойственно прирастать. Поэтому в денеж-

ных обязательствах исключается невозможность исполнения, а отсутствие у должника необходимых денежных средств ни при каких условиях, даже при наличии обстоятельств, которые могут быть квалифицированы как непреодолимая сила (форс-мажор), не может служить основанием к освобождению должника от ответственности за неисполнение денежного обязательства. Поскольку основанием прекращения денежного обязательства является, по общему правилу, его надлежащее исполнение, а должник не может быть освобожден от ответственности за его неисполнение, в том числе и при форс-мажорных обстоятельствах, проценты годовых как особая форма ответственности по денежным обязательствам должна применяться с учетом этих факторов. В этом и состоит специфика этой формы гражданско-правовой ответственности, выражающаяся в том, что при взимании процентов за неисполнение денежного обязательства не должны приниматься во внимание соответствующие нормы, содержащиеся в ст. 401 и 416 ГК.

Однако иные общие положения, регулирующие ответственность по гражданско-правовому обязательству, в том числе: об ответственности должника за своих работников; об ответственности должника за действия третьих лиц; о вине кредитора; о просрочке должника; о просрочке кредитора (ст. 402-406 ГК), – подлежат применению и при взимании процентов годовых за неисполнение (просрочку исполнения) денежного обязательства на общих основаниях.

Как известно, в разделе IV ГК, посвященном отдельным видам обязательств, есть немало норм, которые в качестве последствий нарушения соответствующего обязательства, предусматривают уплату должником процентов годовых в порядке и размере, установленных ст. 395 ГК. В подобных случаях в основной своей массе указанные нормы предусматривают ответственность должника в виде неустойки, а отсылка к ст. 395 ГК – прием законодательной техники, позволяющий избегать в каждом таком случае определения как размера, так и порядка взыскания соответствующей неустойки.

Вместе с тем встречаются и случаи, когда с должника подлежат взысканию именно проценты годовых как самостоятельная форма гражданско-правовой ответственности. Это касается ситуаций, когда независимо от вида договорного обязательства на стороне должника имеется просроченная обязанность уплаты денег за переданные (поставленные) товары, выполненные работы, оказанные услуги, т.е. он привлекается к ответственности за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства.

Иллюстрацией к сказанному могут служить нормы об обязанностях продавца и покупателя по договору купли-продажи, неисполнение которых влечет применение процентов годовых.

В соответствии с п. 4 ст. 487 ГК договором купли-продажи может быть предусмотрена обязанность продавца уплачивать проценты на сумму предварительной оплаты со дня получения этой суммы от

покупателя. Поскольку указанные проценты являются платой за коммерческий кредит в форме аванса, в отношении процентов, начисляемых со дня получения продавцом суммы предоплаты от покупателя до дня, когда передача товара должна была быть произведена, применяются нормы ст. 823 ГК (коммерческий кредит). При этих условиях проценты взимаются с продавца как плата за пользование чужими денежными средствами и только при наличии соответствующего условия в договоре.

В случае, когда продавец не исполняет обязанность по передаче предварительно оплаченного товара, на сумму предварительной оплаты на основании п. 4 ст. 487 ГК подлежат уплате проценты в порядке и размере, установленных ст. 395 ГК. Применение такой ответственности к продавцу должно учитывать, что до момента, когда покупатель не заявил об отказе от получения оплаченного товара и не потребовал возврата суммы предварительной оплаты, продавец является должником по обязательству, связанному с передачей товара, а не по денежному обязательству и возлагаемая на него ответственность является законной неустойкой, взыскиваемой за просрочку передачи товара.

Если покупатель откажется от получения товара в связи с просрочкой его передачи и потребует от продавца возврата суммы предварительной оплаты, то с момента предъявления такого требования возникает обязанность продавца возвратить сумму предварительной оплаты покупателю. При просрочке ее исполнения продавец несет ответственность за неисполнение денежного обязательства и, следовательно, уплачивает проценты на основании ст. 395 ГК со дня, когда по договору передача товара должна быть произведена, до дня возврата покупателю предварительно уплаченной им суммы. В этом случае проценты годовые удерживаются с продавца в качестве самостоятельной ответственности за неисполнение денежного обязательства, т.е. так, как предписывает ст. 395 ГК. Соглашением сторон может быть определен иной срок возврата сумм предоплаты в случае отказа покупателя от получения товара, поставка которого просрочена, а также иные правила об уплате процентов на эту сумму. Естественно, ответственность за просрочку поставки товара после отказа покупателя от его получения не может быть применена, поскольку договор будет считаться расторгнутым, а обязательство по купле-продаже – прекращенным.

В случаях, когда договором купли-продажи предусмотрена оплата товара через определенное время после его передачи покупателю либо оплата товара в рассрочку, а покупатель не исполнит обязанность по оплате пере-

данного товара в установленный договором срок, покупатель в соответствии с п. 4 ст. 488 ГК будет обязан уплатить проценты на сумму, уплата которой просрочена, в соответствии со ст. 395 ГК со дня, когда по договору товар должен быть оплачен, до дня оплаты товара покупателем, если иное не предусмотрено законом или договором купли-продажи. В данном случае покупатель несет специальную ответственность по ст. 395 ГК.

Если договором предусмотрена обязанность покупателя уплачивать проценты на сумму, соответствующую цене товара, начиная со дня передачи товара продавцом (п. 4 ст. 488), правовой режим указанных процентов, начисляемых до дня, когда оплата товара должна быть произведена, определяется ст. 823 и 809 ГК, т.е. речь идет о взимании процентов годовых как платы за пользование коммерческим кредитом.

Как ранее отмечалось, проценты, уплачиваемые заемщиком, на сумму займа в размере и порядке, определенных п. 1 ст. 809 ГК, являются платой за пользование денежными средствами,

В соответствии с п. 1 ст. 811 ГК в случаях, когда заемщик не возвращает в срок сумму займа, на эту сумму подлежат уплате проценты в порядке и размере, предусмотренных п. 1 ст. 395 ГК РФ, со дня, когда она должна быть возвращена, до дня ее возврата, независимо от уплаты процентов, предусмотренных договором за пользование суммой займа, следовательно, ст. 811 ГК устанавливает специальную ответственность за просрочку исполнения денежного обязательства (невозврата займа) в форме процентов годовых (ст. 395), исчисляемой в процентах к основной сумме долга, не являющуюся неустойкой. Указанная ответственность применяется в связи с просрочкой возврата суммы займа, начисляется на сумму займа без учета начисленных на день возврата процентов за пользование заемными средствами (платы за пользование денежными средствами).

Законной неустойкой является ответственность банка за ненадлежащее совершение операций по счету, предусмотренная ст. 856 ГК. Согласно данной статье, в случаях несвоевременного зачисления на счет поступивших клиенту денежных средств либо их необоснованного списания банком со счета, а также невыполнения указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо об их выдаче со счета банк обязан уплатить на эту сумму проценты в порядке и в размере, предусмотренных ст, 395 ГК. В данном случае на стороне банка нет денежного обязательства перед клиентом, а поэтому ссылка на ст. 395 ГК представляет собой лишь прием законодательной техники при формулировании неустойки.

Вместе с тем, если на стороне банка появляется денежное обязательство, например по требованию о перечислении остатков средств со счета после расторжения клиентом договора банковского счета, неисполнение либо

просрочка исполнения такого обязательства влекут применение к банку ответственности в виде процентов за пользование чужими денежными средствами.

Предложенный подход к определению природы процентов годовых логически приводит к ряду общих выводов, имеющих важное практическое значение.

Во-пераых, во всех случаях, когда Кодекс применительно к отдельным видам договорных обязательств устанавливает ответственность за нарушения обязательства, не являющегося денежным, мы имеем дело с законной неустойкой, несмотря на то, что Кодекс, определяя такую ответственность, в отношении ее размера и порядка применения отсылает к ст. 395 ГК.

Во-вторых, нормы Кодекса, предусматривающие ответственность за неисполнение или просрочку исполнения денежного обязательства, применяемые в соответствии со ст. 395 ГК или в порядке и размере, ею установленных, впрочем, как и нормы, помещенные в текст самой ст. 395 ГК, должны расцениваться как положения, устанавливающие самостоятельную форму ответственности за неисполнение (просрочку исполнения) денежного обязательства, специфика которой, ее отличие от других форм ответственности (неустойка, убытки) заключается лишь в особенностях предмета денежного обязательства, что в свою очередь предопределяет особенности применения условий такой ответственности и, в частности, невозможность применения норм, предусматривающих основания освобождения должника от ответственности за нарушение обязательства, содержащихся в ст. 401 ГК.

В-третьих, признание процентов годовых, установленных ст. 395 ГК, самостоятельной формой ответственности за неисполнение (просрочку исполнения) денежного обязательства исключает возможность применения за аналогичное нарушение денежного обязательства каких-либо законных неустоек. Об этом свидетельствует, в частности, включение в текст ст. 395 ГК правила о зачетном

характере процентов годовых по отношению к убыткам, аналогичного тому, которое предусмотрено в отношении неустойки. Данное обстоятельство при отсутствии каких-либо норм, определяющих соотношение процентов годовых и неустойки, можно объяснить только тем, что законодатель вовсе не имел в виду при наличии самостоятельной ответственности по денежному обязательству (в форме процентов годовых), что в таких случаях будет применяться, наряду с процентами, также неустойка. Кроме того, такой подход соответствует также принципу недопустимости применения двух самостоятельных мер ответственности за одно и то же нарушение обязательства. В ситуации, когда кредитор требует не только уплаты процентов годовых за неисполнение или ненадлежащее

исполнение денежного обязательства, но и возмещения убытков, действие данного принципа проявляется в зачетном характере взимаемых с должника процентов по отношению к возмещаемым убыткам. Однако, учитывая дис-позитивный характер норм ст. 395 ГК, применение договорной неустойки за нарушение денежного обязательства исключает возможность применения ответственности, предусмотренной названной статьей.

В-четвертых, во всех случаях, когда речь идет о коммерческом кредите (ст. 823 ГК), на должника возлагается обязанность уплачивать проценты в размере ставки рефинансирования Центрального банка за весь период пользования чужими денежными средствами вплоть до фактического платежа соответствующих денежных сумм (п. 1 ст. 809) в качестве платы за 'коммерческий кредит. Независимо от этого с момента просрочки исполнения денежного обязательства к должнику подлежит применению также ответственность, предусмотренная ст. 395 ГК (п. 2 ст. 811).

Иные последствия нарушения договора

Всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение должником обязательства должно негативным образом отразиться на его имуществе, в этом и состоит суть определяемых законодательством или договором последствий нарушения договорного обязательства. Обязанность нести бремя ответственности за допущенное нарушение в форме возмещения причиненных убытков, а в соответствующих случаях также и в форме взыскания законной или договорной неустойки либо уплаты процентов годовых за неисполнение (просрочку исполнения) денежного обязательства далеко не исчерпывают возможные последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договорного обязательства. Применение гражданско-правовой ответственности – лишь одно из таких последствий.

Если говорить об иных (помимо имущественной ответственности) последствиях нарушения договорного обязательства, то, не претендуя на исчерпывающий охват всех таких последствий применительно к каждому виду договорных обязательств, можно все же попытаться дать некую классификацию таких последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения договорного обязательства.

К первой группе последствий можно отнести случаи наделения кредитора правом принимать меры, в том числе путем предъявления соответствующих требований в суд, направленные на исполнение должником либо за его счет обязательства в натуре.

Прежде всего отметим два общих положения ГК, относящиеся к любому договорному обязательству. Во-первых, в случае неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, в

хозяйственное ведение, в оперативное управление или в возмездное пользование кредитору

последний вправе требовать отобрания этой вещи у должника и передачи ее кредитору на предусмотренных обязательством условиях. Это право кредитора отпадает только в силу того, что подлежащая отобранию вещь уже передана третьему лицу, имеющему право собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления. В этом случае кредитору придется ограничиться требованием о возмещении убытков (ст. 398). Во-вторых, при неисполнении должником обязательства изготовить и передать вещь в собственность, в хозяйственное ведение или в оперативное управление, либо передать вещь в пользование кредитору, либо выполнить для него определенную работу или оказать ему услугу кредитор вправе в разумный срок поручить выполнение обязательства третьим лицам за разумную цену либо выполнить его своими силами, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, договора или существа обязательства, и потребовать от должника возмещения необходимых расходов и других убытков (ст. 397).

Указанные последствия нередко конкретизируются ГК применительно к отдельным видам договорных обязательств. Так, по договору купли-продажи среди правомочий, которыми наделяется покупатель при передаче ему продавцом товара ненадлежащего качества предусмотрено право потребовать от продавца безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок; возмещения своих собственных расходов на устранение недостатков товара; а при существенном нарушении требований к качеству товара – потребовать замены товара ненадлежащего качества товаром, соответствующим договору (пп. 1 и 2 ст. 475). В случае передачи продавцом некомплектного товара покупатель вправе потребовать от продавца до-укомплектования товара в разумный срок, а при невыполнении этого требования – потребовать замены некомплектного товара на комплектный (пп. 1 и 2 ст. 480). Если арендодатель не предоставил арендатору сданное в наем имущество в указанный в договоре аренды срок, а в случае, когда в договоре такой срок не указан, в разумный срок, арендатор вправе истребовать от него это имущество в соответствии со ст. 398 ГК (п. 3 ст. 611); при обнаружении недостатков в сданном в аренду имуществе арендатор может потребовать от арендодателя безвозмездного устранения недостатков имущества либо возмещения своих расходов на устранение таких недостатков, что, впрочем, может быть сделано арендатором и путем непосредственного удержания суммы соответствующих расходов из арендной платы при условии предварительного уведомления об этом арендодателя (п. 1 ст. 612). Если во время выполнения работы по договору подряда станет очевидным, что она не будет выполнена надлежащим образом, заказчик вправе назна-

читъ подрядчику разумный срок для устранения недостатков и при неисполнении подрядчиком в назначенный срок этого требования поручить ис-^правление работ другому лицу за счет подрядчика (п. 3 ст. 715).

Ко второй группе последствий нарушения обязательства можно отнести все случаи, когда кредитор в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства получает право требовать изменения или расторжения договора и возмещения причиненных этим убытков. Применительно к этой группе последствий общее правило сформулировано в п, 2 ст. 450 ГК, согласно которому по требованию одной из сторон договор может быть изменен или расторгнут по решению суда при существенном нарушении договора другой стороной, а также в иных случаях, предусмотренных ГК, другими законами или договором. Существенным при этом признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора.

Регулирование отношений, связанных с расторжением отдельных видов договоров по причине нарушения вытекающих из них обязательств, осуществляется путем указания на конкретные нарушения условий соответствующих договоров (независимо от существенности или несущественности таких нарушений), которые являются достаточными для расторжения договора по иску кредитора. При этом конечно же учитывается специфика соответствующих обязательств. Например, в соответствии с п. 2 ст. 578 ГК даритель вправе потребовать в судебном порядке отмены дарения, если обращение одаряемого с подаренной вещью, представляющей для дарителя большую неимущественную ценность, создает угрозу ее безвозвратной утраты. По требованию арендодателя договор аренды может быть досрочно расторгнут судом в случаях, когда арендатор: пользуется имуществом с существенным нарушением условий договора или назначения имущества либо с неоднократными нарушениями; существенно ухудшает имущество;

более двух раз подряд по истечении установленного договором срока платежа не вносит арендную плату; не производит капитального ремонта имущества в установленные договором аренды сроки, а при отсутствии их в договоре – в разумные сроки в тех случаях, когда в соответствии с законом, иными правовыми актами или договором производство капитального ремонта является обязанностью арендатора (ст. 619). Договор найма жилого помещения может быть расторгнут судом по требованию наймодателя в случаях: невнесения нанимателем платы за жилое помещение за шесть месяцев, если договором не установлен более длительный срок, а при краткосрочном найме в случае невнесения платы более двух раз по истечении установленного договором срока платежа; разрушения или порчи жилого по

мещения нанимателем или другими гражданами, за действие которых он отвечает (п. 2 ст. 686). По договору безвозмездного пользования (ссуды) ссудодатель вправе потребовать досрочного расторжения договора безвозмездного пользования в случаях, когда ссудополучатель: использует вещь не в соответствии с договором или назначением вещи; не выполняет обязанностей по поддержанию вещи в исправном состоянии или ее содержанию; существенно ухудшает состояние вещи; без согласия ссудодателя передал вещь третьему лицу (п. 1 ст. 698). По договору имущественного страхования страхователь (выгодоприобретатель) обязан незамедлительно сообщать страховщику о ставших ему известными значительных изменениях в обстоятельствах, сообщенных страховщику при заключении договора, если эти изменения могут существенно повлиять на увеличение страхового риска. Неисполнение страхователем или выгодоприобретателем этой обязанности дает страховщику право потребовать расторжения договора страхования и возмещения соответствующих убытков (п. 1,3 ст. 959).

Как видно из приведенных примеров, ГК называет конкретные нарушения соответствующих видов договорных обязательств, которые являются основанием расторжения договора. Однако это не означает, что иные нарушения условий договора не могут служить основанием расторжения договора. Суд может признать их таковыми, если они носят существенный характер, в соответствии со ст. 450 ГК.

К третьей группе последствий нарушения договорных обязательств можно отнести появление у кредитора, как результат неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником, дополнительных прав требований, не предусмотренных обязательством, которые могут быть реализованы кредитором путем предъявления соответствующих исков в судебном порядке.

Указанные последствия нарушения договорного обязательства применяются в основном при

ненадлежащем исполнении отдельных условий договора и преследуют цель не понудить к надлежащему исполнению обязательства (хотя и это не исключено), а сократить потери кредитора и восстановить тем самым баланс интересов сторон, исходя из фактического результата, т.е. предоставленного должником кредитору ненадлежащего исполнения. К числу таких последствий нарушения договорного обязательства, к примеру, относится право покупателя, получившего по договору купли-продажи товары ненадлежащего качества или некомплектные, потребовать от продавца соразмерного уменьшения цены (п. 1 ст. 475, п. 1 ст. 480 ГК). Кодекс предоставил получателю постоянной ренты право требовать выкупа ренты плательщиком ренты, если последний просрочил ее выплату более чем на один год либо нарушил свои обязательства по обеспечению

выплаты ренты (ст. 593). Перевозчик наряду с возмещением установленного ущерба, вызванного утратой, недостачей, повреждением (порчей) груза или багажа, обязан возвратить отправителю провозную плату, взысканную за перевозку утраченного, недостающего, испорченного или поврежденного груза или багажа, если эта плата не входит в стоимость груза (п. 3 ст. 796).

Четвертую группу последствий нарушения договорного обязательства составляют появляющиеся у кредитора в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства права требования от должника досрочного исполнения соответствующего обязательства. Иллюстрацией к сказанному могут служить некоторые нормы ГК, регулирующие заемные обязательства. Например, в соответствии с п. 2 ст. 811 если договором займа предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку), то при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, заимодавец вправе потребовать досрочного возврата оставшейся суммы займа вместе с причитающимися процентами. При невыполнении заемщиком предусмотренных договором обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые заимодавец не отвечает, заимодавец вправе потребовать от заемщика досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов, если иное не предусмотрено договором (ст. 813). Аналогичные последствия применяются также в случае невыполнения заемщиком условия договора займа о целевом использовании суммы займа (ст. 814).

Залогодержатель наделен правом потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а также обратить взыскание на заложенное имущество в случае нарушения залогодателем правил о распоряжении заложенным имуществом, а также о последующем залоге (п. 2 ст. 351). В случае существенного нарушения арендатором сроков внесения арендной платы арендодатель вправе потребовать от него досрочного внесения арендной платы в установленный арендодателем срок, но не более чем за два срока подряд (п. 5 ст. 614).

Пятую группу последствий нарушения договорного обязательства составляют многочисленные и разнообразные меры оперативного воздействия, предусмотренные ГК на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником.

Как уже отмечалось, под мерами оперативного воздействия понимаются предусмотренные законом односторонние действия кредитора по изменению либо прекращению обязательства. Меры оперативного воздействия, в свою очередь, можно разбить на ряд подгрупп. Во-первых, это право кредитора на односторонний отказ от исполнения обязательства (отказ от

договора). В соответствии с п. 3 ст. 450 в случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор

считается соответственно расторгнутым или измененным. Данное положение представляет собой общее правило для всех гражданско-правовых договоров. Нормы ГК, регулирующие отдельные виды договорных обязательств, определяют нарушения условий соответствующих договоров, которые могут служить основанием для наделения кредитора правом на односторонний отказ от исполнения обязательства,

Например, покупатель по договору купли-продажи вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы: в случае существенного нарушения продавцом требований к качеству товара (п. 2 ст. 475); при невыполнении продавцом в разумный срок требования покупателя о доукомлектовании товара (п. 2 ст. 480). Односторонний отказ от исполнения договора поставки (полностью или частично) или одностороннее его изменение допускаются в случае существенного нарушения договора одной из сторон, каковыми признаются: поставка товаров ненадлежащего качества с недостатками, которые не могут быть устранены в приемлемый срок; неоднократное нарушение поставщиком сроков поставки товаров; неоднократное нарушение покупателем сроков оплаты товаров; неоднократная невыборка товаров (ст. 523). По договору подряда заказчик вправе отказаться от исполнения договора, если подрядчик не приступает своевременно к исполнению договора подряда или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным (п. 2 ст. 715), либо подрядчиком не устранены недостатки результата работы в установленный заказчиком разумный срок (п, 3 ст. 723). По кредитному договору кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного кредитным договором кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок (п. 1 ст. 821).

Во-вторых, в ряде случаев кредитор вследствие нарушения должником обязательства получает право в одностороннем порядке приостановить исполнение обязательства. Иллюстрацией к сказанному могут служить нормы о встречном исполнении обязательства. Согласно п. 2 ст. 328 ГК, в случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от его исполнения и

потребовать возмещения убытков. Правом приостановить исполнение обязательства в случае нарушения договора должником ГК наделяет и кредиторов по отдельным видам договорных обязательств, в том числе и тех, которые оказываются в положении субъектов встречного исполнения. Примером может служить п. 1 ст. 719 ГК, согласно которому подрядчик вправе не приступать к работе, а начатую работу приостановить в случаях, когда нарушение заказчиком своих обязанностей по договору подряда, в частности непредоставление материала, оборудования, технической документации или подлежащей переработке вещи, препятствует исполнению договора подрядчиком, а также при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок.

В-третьих, правовое регулирование отдельных видов договорных обязательств включает в себя нормы, наделяющие кредитора правом отказаться от предоставленных должником товаров, работ, услуг при ненадлежащем исполнении обязательства. Реализация этой меры оперативного воздействия, как правило, сочетается с требованием кредитора о возврате должником денежных

сумм, уплаченных за соответствующие товары, работы, услуги. Так, по договору купли-продажи в числе правомочий покупателя при нарушении продавцом условия договора об ассортименте товаров имеется право принять товары, соответствующие условию об ассортименте, и отказаться от остальных товаров либо отказаться от всех переданных товаров (п. 2 ст. 468); по договору розничной купли-продажи в случае продажи покупателю товара ненадлежащего качества покупатель вправе отказаться от исполнения договора, возвратив продавцу полученный товар, и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы (п. 3 ст. 503). По договору перевозки отправитель груза вправе отказаться от поданных перевозчиком транспортных средств, не пригодных для перевозки соответствующего груза (п. I ст. 791).

В-четвертых, ряд положений ГК предусматривают право кредитора удерживать имущество должника до фактического исполнения им предусмотренных договором обязанностей. Как известно, в общем плане удержание имущества должника в случае неисполнения или просрочки исполнения должником обязательства является одним из способов обеспечения исполнения обязательства (ст. 359). Применительно же к конкретным видам договоров Кодекс определяет те нарушения условий обязательства, которые могут служить основанием для удержания имущества должника. К примеру, в соответствии со ст. 712 ГК по договору подряда при неисполнении заказчиком обязанности уплатить установленную цену либо иную сумму, причитающуюся подрядчику в связи с выполнением договора подряда,

подрядчик имеет право на удержание результата работ, а также принадлежащих заказчику оборудования, переданной для переработки вещи, остатка неиспользованного материала и другого оказавшегося у него имущества заказчика до уплаты заказчиком соответствующих сумм. По договору перевозки перевозчик имеет право удерживать переданные ему для перевозки груз и багаж в обеспечение причитающихся ему провозной платы и других платежей по перевозке (п. 4 ст. 790).

В-пятых, в ряде случаев кредитор при неисполнении либо ненадлежащем исполнении должником обязательств получает право распорядиться имеющимся у него имуществом должника.

Законное удержание кредитором имущества должника предполагает обращение на него взыскания в порядке, предусмотренном для залоговых отношений (ст. 360 ГК). В некоторых же случаях Кодекс наделяет кредитора правом распорядиться имуществом должника при ненадлежащем исполнении обязательства независимо от того, предшествовало ли этому удержание. Так, по договору поставки в случаях, когда покупатель в соответствии с законом или договором отказывается от переданного поставщиком товара, он принимает его на ответственное хранение и незамедлительно уведомляет об этом поставщика. Если поставщик в разумный срок не распорядится товаром, покупатель вправе реализовать товар и потребовать от поставщика возмещения расходов, понесенных в связи с ответственным хранением и реализацией товара (ст. 514). По договору хранения при неисполнении поклажедателем своей обязанности взять обратно вещь, переданную на хранение, в том числе при его уклонении от получения вещи, хранитель праве, если иное не предусмотрено договором хранения, после письменного предупреждения поклажедателя самостоятельно продать вещь по цене, сложившейся в месте хранения (п. 2 ст. 899).

Кодекс применительно к отдельным видам договоров наделяет кредиторов правом применять и иные меры оперативного воздействия к должнику, нарушившему обязательства. Однако в таких случаях соответствующие меры оперативного воздействия не носят общего характера, а, скорее, учитывают специфику конкретных правоотношений. Например, в соответствии со ст. 542 ГК в случае нарушения

энергоснабжающей организацией требований, предъявляемых к качеству энергии, абонент вправе отказаться от оплаты такой энергии. При этом энергоснабжающая организация вправе требовать возмещения абонентом стоимости того, что абонент неосновательно сберег вследствие использования энергии.

Предложенная классификация последствий нарушения договорного обязательства, конечно, не носит исчерпывающего характера. Более того, в договоре по соглашению сторон могут быть предусмотрены и иные послед-

ствия его нарушения, не противоречащие закону. Наша же задача заключается в том, чтобы показать, что последствия нарушения договора не сводятся к применению мер имущественной ответственности. Применение иных последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения договорного обязательства может оказаться эффективнее, нежели возмещение убытков, уплата неустойки либо взимание процентов, с точки зрения понуждения должника к надлежащему исполнению обязательства и защиты прав кредитора.

3. ОСНОВАНИЯ И УСЛОВИЯ ДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

На протяжении многих лет в юридической науке советского периода господствовало мнение, согласно которому необходимым основанием гражданско-правовой ответственности признавался некий «состав гражданского правонарушения»'. Данную позицию разделяют и многие современные авторы2. По мнению Г.К. Матвеева, например, «наличие состава гражданского (и всякого иного) правонарушения – общее и, как правило, единственное основание гражданско-правовой (и всякой иной) ответственности. Иначе говоря, состав правонарушения является тем юридическим фактом, который порождает правоотношение между правонарушителем и потерпевшим и создает определенные притязания потерпевшего и обязанности нарушителя по заглаживанию ущерба, причиненного противоправным действием»3.

Под составом гражданского правонарушения одни авторы понимают совокупность определенных признаков правонарушения, характеризующих его как достаточное основание ответственности, другие – совокупность общих, типичных условий, наличие которых необходимо для возложения ответственности на нарушителя гражданских прав и обязанностей и которые в различных сочетаниях встречаются при любом гражданском правонарушении. Несмотря на терминологические различия, в доктрине совет-,

* См., например: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 141; МатвеевГ.К. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1951. С. 7; Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Ленинград, 1955. С. 94; Яичков К.К. Система обязательств из причинения вреда в советском праве // Вопросы гражданского права- М-, 1957. С. 172; Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 57; Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., 1968. С. 22 и др.

2 См., например: Гражданское право: Учебник. В 2-х т. Т. 1 / Под ред. Е.А. Сухано-, ва. М., 1993. С. 175; Гражданское право: Учебник. Ч. 1 / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. М.. 1996. С. 490.

3 МатвеевГ.К. Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970, С. 5.

ского гражданского права прочно утвердилось положение о составе гражданского правонарушения как общем и по большей части единственном основании гражданско-правовой ответственности.

Традиционным представлялся названным авторам и набор элементов состава гражданского правонарушения, который обычно компонуется из следующих оснований (или условий) правонарушения: противоправное действие (бездействие), вред (или вредоносные последствия); причинная связь между противоправным действием (бездействием) и наступившими вредоносными последствиями; вина правонарушителя.

Особую точку зрения в отношении структуры состава правонарушения и входящих в него элементов имеет С.С. Алексеев, который сформулировал свою позицию следующим образом: «Если классифицировать общие признаки состава гражданского правонарушения, единые как для «договорной», так и для «внедоговорной» ответственности, то их следует распределить по трем сторонам состава: 1) объект, 2) субъект, 3) объективная сторона (объективированный вредоносный результат, противоправность, причинная связь)'.

Нетрудно заметить, что своим происхождением учение о составе гражданского правонарушения целиком и полностью обязано уголовному праву. Да, собственно, его сторонники данного обстоятельства и не скрывают. о чем свидетельствуют, к примеру, рассуждения Г.К.Матвеева о важном познавательном значении понятия преступления для всех отраслей советского права, который сетовал на то, что «на это качество состава до последнего времени не обращали должного внимания ни общая теория советского права, ни конкретные правовые дисциплины. Такой упрек, – продолжает Г.К. Матвеев, – не может быть, однако, обращен в адрес науки уголовного права, представители которой первыми разработали понятие состава и доказали, что оно является, подобно научной абстракции, необходимой ступенью в процессе познания конкретных составов преступления, теоретической основой для раскрытия их содержания и для правильного применения на практике советского уголовного закона»2.

Привнося в имеющую многовековые традиции цивилистику чуждые ей уголовно-правовые учения, Г.К. Матвеев и иные сторонники состава гражданского правонарушения с удивительным рвением защищали свои позиции. Взгляды же некоторых цивилистов, которые не признавали существования состава гражданского правонарушения, а говорили об отдельных основаниях или об условиях гражданско-правовой ответственности, расцени-

Апексеев С.С. Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки. М., 1959. С. 49. Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 13.

вались как «удар по цельности концепции». «Получается, – искренне удивлялся Г.К. Матвеев, – что в одних отраслях советского права (например, в уголовном) в качестве оснований ответственности выступают одни обстоятельства, а в других – иные, хотя уже давно стало ясным, что основаниями всех видов ответственности в нашем праве являются в принципе одни и те же фактические обстоятельства: люди и организации отвечают у нас за противоправные, вредные и виновные поступки. Другими словами, составы любых правонарушений выражают собой самые существенные признаки антиобщественных явлений, успешная борьба с которыми зависит не только от их трезвой политической оценки, но и от их четкой юридической квалификации»1. Ради спасения категории «состав гражданского правонарушения» в качестве общего и единого основания гражданско-правовой ответственности, применительно к ситуациям, когда со всей очевидностью явствует абсурдность такого подхода (например, при ответственности в форме неустойки, когда не требуется

доказывать ни наличие т.н. вредоносных последствий, ни причинную связь, либо когда ответственность наступает при отсутствии вины), Г.К. Матвеев предлагает, вопреки всем представлениям цивилистики, не именовать такие случаи ответственностью, а говорить об обязанности уплатить штраф или возместить вред. На худой конец можно было бы признать, что в подобных ситуациях в качестве основания ответственности имеет место «ограниченный состав»2.

Не собираясь вступать в полемику со сторонниками учения о составе гражданского правонарушения как общем и единственном основании гражданско-правовой ответственности (его несостоятельность представляется и без того очевидной), напомним слова Г.Ф. Шершеневича о том, что гражданская ответственность строится на иных началах, нежели уголовная. «Наказание предполагает непременно преступление – без уголовного правонарушения нет уголовной ответственности (nu 11 a poena sine crimine). Напротив, гражданская ответственность устанавливается иногда за пределами гражданского правонарушения. Закон может возложить на одно лицо имущественный вред, испытанный другим, хотя этот вред причинен первым без всякой вины с его стороны, даже больше, хотя бы он вовсе не был им причинен»3.

Отметим лишь один интересный факт: Г.К. Матвеев в своей книге «Основания гражданско-правовой ответственности», раскрывая понятие состава гражданского правонарушения (глава 1, состоящая из четырнадцати

' МатвеевГ.К. Указ. соч. С. 14-15.

2 Там же. С. 7.

3 Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие: В 2-х т. Т. 2 (по изданию 1910-1912 гг.). С. 269.

страниц), умудрился сделать одиннадцать (!) отсылок к работам А.А, Пионт-ковского, !Я.М. Брайнина и других правоведов-специалистов по уголовному праву, видимо, в назидание цивилистам, не желающим разрушать гражданско-правовую доктрину чужеродными уголовно-правовыми элементами'.

На наш взгляд, основанием гражданско-правовой ответственности (единственным и общим) является нарушение субъективных граждански прав, как имущественных, так и личных неимущественных, поскольку гражданско-правовая ответственность представляет собой ответственность одного участника имущественного оборота перед другим, ответственность нарушителя перед потерпевшим, ее общей целью является восстановление нарушенного права на основе принципа соответствия размера ответственности размеру причиненного вреда или убытков. При применении гражданско-правовой ответственности не имеют никакого правового значения «вредоносные последствия» с точки зрения негативного влияния допущенного нарушения гражданских прав на общественные интересы (впрочем, как и сами общественные интересы), «объективная» и «субъективная» стороны гражданского правонарушения.

Таким образом, нарушение права субъекта гражданских правоотношений влечет необходимость восстановления нарушенного права, в том числе и путем применения гражданско-правовой ответственности. Отсюда основанием такой ответственности и является само нарушение субъективного гражданского права.

Применительно к отдельным видам нарушенных субъективных гражданских прав, а также субъектам,

допустившим их нарушение, законодатель сформулировал обязательные общие требования, соблюдение которых необходимо для применения гражданско-правовой ответственности. Такие установленные законом требования являются условиями гражданско-правовой ответственности. К их числу относятся: противоправность нарушения субъективных гражданских прав; наличие убытков (вреда); причинная связь между нарушением субъективных гражданских прав и убытками (вредом), вина нарушителя.

Нарушение договора как основание ответственности

В юридической литературе основанием гражданско-правовой ответственности (а в советской – одним из элементов состава правонарушения) традиционно признается правонарушение. При этом под гражданским правонарушением принято понимать не соответствующие закону действие или

См.: МатвеевГ.К. Указ. соч. С. 5-19,

бездействие, иногда объединяемые одним термином «противоправное поведение».

Так, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что гражданское правонарушение есть прежде всего недозволенное действие, т.е. действие, запрещенное объ-i ективным правом. Поэтому всякое действие, которое является только осуществлением права, которое не выходит из пределов, очерченных законом субъективному праву, не составляет правонарушения, как бы оно ни было вредно другим лицам. Так, например, открытие торгового заведения рядом или против прежнего магазина способно совершенно подорвать торговлю последнего; но, какой вред ни наносила бы такая конкуренция, она означает только осуществление права. Сосед, пользуясь своим правом собственности, вырывает на своем дворе колодец и тем самым перерезает водоносную жилу, снабжавшую водой соседний колодец. Сосед на своей меже воздвигает брандмауэр, которым закрывает окна соседней гостиницы и тем самым уничтожает ценность номеров, расположенных на этой стороне'.

Противоправность поведения, т.е. нарушение соответствующими действиями или бездействием норм права, рассматривается как абсолютно необходимый признак всякого нарушения, влекущего гражданско-правовую ответственность. Правда, О.С. Иоффе указывал и на другие критерии, которые не входят в понятие противоправности, но подлежат учету в сочетании с нормами права, в отношении которых допущены нарушения: «Критерием неправомерности совершенных действий служит закон в сочетании с принципами... морали, правилами... общежития, которые привлекаются для выявления содержания закона и обеспечения его правильного применения на практике. Этот критерий обязателен при оценке любых неправомерных действий, где бы они ни совершались. В обязательственных же правоотношениях для признания совершенного действия противоправным привлекаются и некоторые другие, дополнительные критерии. Если обязательство возникло из договора, неправомерность совершенных действий выявляется на основе договорных условий, точно определяющих функции, выполнение которых возлагается на каждого из контрагентов. ...Если обязательство установлено посредством односторонней сделки, неправомерными признаются действия, противоречащие ее условиям»2.

Другие авторы не рассматривают названные факторы в качестве самостоятельных критериев, подлежащих учету при оценке противоправности поведения нарушителя, а включают их в само понятие противоправности. Так, по мнению В.П. Грибанова, с учетом того, что гражданское право со-

1 См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию

1907 г.). М„ 1995. С. 392.

2 Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 110.

держит большое количество норм диспозитивного характера, допускающих возможность участникам гражданского оборота по своему усмотрению определить соответствующие права и обязанности, которые устанавливают правила лишь на тот случай, когда стороны не предусмотрели иного в договоре, «такое отступление от правил гражданского законодательства правомерно, санкционировано самим законом, а из этого следует, что нарушение прав и обязанностей, согласованных сторонами в договоре, также противоправно с точки зрения гражданского права. Если между гражданами и организациями возникают гражданские правоотношения, вовсе не урегулированные законом, то «оценка их правомерности зависит от их соответствия общим началам и смыслу гражданского законодательства. ...Поэтому противоправными по нашему гражданскому праву признаются действия (бездействие), которые нарушают права и обязанности, закрепленные либо санкционированные нормами гражданского права, а также хотя и не предусмотренные конкретной нормой права, но противоречащие общим началам и смыслу гражданского законодательства». Что же касается нарушения моральных принципов общества, то В.П. Грибанов указывал, что «поведение, нарушающее моральные нормы, может быть признано противоправным, только когда закон придает конкретным моральным правилам правовой характер»'.

Н.Д. Егоров утверждает, что «противоправным признается поведение лица, причиняющее вред личности или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица. Противоправным является также такое поведение должника, которое не отвечает требованиям, предъявляемым к надлежащему исполнению обязательств. В соответствии с гражданским законодательством требования, предъявляемые к исполнению обязательств, содержатся не только в законе, иных правовых актах, обычаях делового оборота или иных обычно предъявляемых требованиях, но и в самих основаниях возникновения обязательств. Поэтому критериями противоправности поведения должника должны служить и некоторые основания установления обязательств... Если обязательство возникает из договора, то противоправным признается поведение должника, нарушающее условия договора. Если же в основе обязательства лежит односторонняя сделка, то противоправным будет поведение должника, не соответствующее условиям односторонней сделки. Наконец, в обязательствах, возникающих из сложного юридического состава, поведение должно соответствовать всем элементам

См.: Гражданское право: Учебник. В 2-х т, Т. 1 / Под ред. Е.А. Суханова. С. 176.

этого сложного юридического' состава. В противном случае поведение должника приобретает противоправный характер»1.

На наш взгляд, применительно к договорной ответственности вряд ли целесообразно сосредотачивать внимание на противоправности поведения нарушителя как обязательном признаке нарушения, влекущего применение гражданско-правовой ответственности. Такой подход ориентирует суды на поиск всякий раз конкретной нормы права, которой не соответствует поведение нарушителя. Достаточно сказать, что любое неисполнение или ненадлежащее исполнение договора является a priori нарушением норм права. Это вытекает из положения, содержащегося в ст. 309 ГК, согласно которому обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Кроме того, ориентир на обязательное установление противоправности поведения должника, нарушившего договорное обязательство, способен сбить с толку в ситуациях, когда должником нарушено условие договора, никак не регулируемое ни диспозитивной нормой, ни обычаем делового оборота, ни обычно предъявляемыми требованиями. Как известно, стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами (п. 2 ст. 421 ГК). Стороны также вправе урегулировать свои отношения исключительно условиями договора (если только они не предопределены императивными нормами), при исполнении которого они не будут руководствоваться никакими нормами права или обычаями делового оборота, а только согласованными условиями договора. При нарушении таких условий договора поиск конкретных правовых норм, которым противоречит поведение должника, не исполнившего соответствующую обязанность по договору, будет выглядеть намеренно искусственным и излишним.

Впрочем, согласно доктрине российского гражданского права, оценке с точки зрения противоправности должно подвергаться не само нарушение обязательств, а некие действия или бездействие должника.

К примеру, Н.Д. Егоров пишет: «Противоправное поведение может выражаться в виде противоправного действия или в виде противоправного бездействия. Действие должника приобретает противоправный характер, если оно либо прямо запрещено законом или иным правовым актом, либо противоречит закону или иному правовому акту, договору, односторонней сделке или иному основанию обязательства. Так, в ст. 310 ГК содержится

' См.: Гражданское право: Учебник. Ч. 1. С. 491.

прямой запрет на односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий, за исключением случаев, предусмотренных законом. ...Противоправными являются и действия продавца, передавшего покупателю товары, не соответствующие по качеству условиям заключенного договора. Для решения вопроса о противоправности действий участника гражданского оборота в соответствующих случаях привлекаются обычаи делового оборота или иные обычно предъявляемые требования. ...Бездействие лишь в том случае становится противоправным, если на лицо возложена юридическая обязанность действовать в соответствующей ситуации. Обязанность действовать может вытекать из условий заключенного договора. Так, противоправным является бездействие поставщика, не осуществившего поставку товара в сроки, определенные договором поставки»'.

Представляется, однако, что условие противоправности относится не к действиям (бездействию) должника, а к самому нарушению субъективных гражданских прав. На самом деле и кредитору, и суду, рассматривающему его требование о применении к должнику ответственности за нарушение обязательства, совершенно безразлично, какие действия или бездействие должника послужили причиной неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Да и закон, как правило, не связывает наступление ответственности за нарушение обязательства с тем, какие действия или бездействие должника повлекли это нарушение: отсутствие контроля со стороны должника за исполнением договора; нерадивость или некомпетентность его работников, допустивших недостатки при осуществлении строительных работ, недостаточно активная работа должника с его смежниками, недопоставившими необходимое сырье, материалы или комплектующие изделия, и т.п. Закон, по общему правилу, интересует сам факт нарушения обязательства, а не то, результатом каких действий должника явилось это нарушение,

Исключение составляют, пожалуй, лишь случаи нарушения обязательства в силу невозможности его исполнения, а также ситуации, когда законодатель ставит наступление ответственности в зависимость от наличия вины нарушителя. Однако и в этом случае оценка действий (бездействия) должника будет иметь правовое значение лишь при представлении последним доказательств, подтверждающих наличие установленных законом оснований освобождения от ответственности за нарушение обязательства, к примеру форс-мажорных обстоятельств. Ведь в соответствии со ст. 416 ГК обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает. Если же

См.: Гражданское право: Учебник. Ч. 1. С. 491-492.

должник отвечает лишь при наличии вины, он должен доказать, что его действия соответствовали той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, и ими были исчерпаны все возможные меры для надлежащего исполнения обязательства (п. 1 ст. 401 ГК).

Бели же не брать во внимание отмеченные исключения из общего правила, то следует признать, что должник отвечает за противоправное нарушение субъективных гражданских прав (применительно к обязательствам -за их неисполнение или ненадлежащее исполнение), а не за гипотетические Противоправные действия (бездействия), являющиеся причиной такого нарушения. Должник может быть освобожден от ответственности, если докажет, что само нарушение субъективных гражданских прав (неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства) не носит противоправного характера в силу невозможности исполнения обязательства, которая возникла по обстоятельствам, за которые должник не отвечает, невиновного причинения вреда и т.д.

Таким образом, противоправность допущенного нарушения субъективного гражданского права (неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательства) относится к числу необходимых условий гражданско-правовой ответственности.

Следует также учитывать, что применительно к подавляющему числу .случаев применения договорной ответственности противоправность неис-дюлнения либо ненадлежащего исполнения должником обязательств пре-зюмируется и не требует никаких доказательств со стороны кредитора. И только в тех случаях, когда должник ссылается на имевшие место в ходе исполнения договора обстоятельства, свидетельствующие о невозможности исполнения обязательства или отсутствии вины должника в его нарушении (когда наличие вины требуется по закону), оценка противоправности неисполнения или ненадлежащего исполнения договорного обязательства приобретает юридическое значение. При этом бремя доказывания наличия всех указанных обстоятельств возлагается на должника.

Необходимым либо факультативным условием гражданско-правовой ответственности можно признать также наличие негативных последствий в Имущественной сфере лица, чьи права нарушены. Если речь идет о применении такой формы ответственности, как возмещение убытков, указанное условие носит обязательный характер, поскольку сам факт причинения убытков подлежит доказывайте лицом, чьи субъективные права нарушены. Непредставление доказательств, подтверждающих наличие убытков (вреда), вызванных нарушением субъективного гражданского права, является безусловным основанием к отказу в удовлетворении требования о возмещении убытков.

Негативные последствия имущественной сферы лица, чьи права нарушены, практически совпадают с понятием «убытки», во всяком случае в аспекте, имеющем правовое значение. В этом смысле можно говорить, что такие негативные последствия должны быть выражены в форме расходов, которые лицо, чье право нарушено (к примеру, кредитор по обязательству), произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утраты или повреждения его имущества (реальный ущерб), а также неполученных доходов, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

В случае применения иных форм гражданско-правовой ответственности: неустойки или ответственности по денежному обязательству – наличие негативных последствий имущественной сферы кредитора приобретает факультативный характер. Как общее правило, по требованию об уплате неустойки за неисполнение или ненадлежащее исполнение должником обязательства кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков (п. 1 ст. 330 ГК). Вместе с тем, учитывая, предоставленное суду право уменьшить неустойку, которая явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, мы можем говорить о факультативном характере названного условия гражданско-правовой ответственности и применительно к неустойке.

Нельзя не отметить также нарочито искусственный и во многом идеологизированный характер высказанных в юридической литературе взглядов относительно вреда, вредоносного результата как одного из необходимых оснований гражданско-правовой ответственности либо одного из элементов состава правонарушения как общего и единственного основания гражданско-правовой ответственности. К примеру, Г.К. Матвеев, по традиции оперируя конструкциями уголовного права, приходит к выводу: «В принципе все противоправные действия вредоносны. Они наносят ущерб нашему обществу, его членам, тормозят наше поступательное движение... Результаты противоправных действий прямо или косвенно отражаются на объекте правонарушений, т.е. тех защищаемых законом общественных отношениях, которые оказались предметом посягательства»'.

Причинная связь

Бесспорно, что лицо, допустившее нарушение субъективного гражданского права, может нести ответственность лишь за последствия, причиненные именно этим нарушением, т.е. одним из условий ответственности явля-

Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. С. 36.

ется наличие причинной связи между нарушением и наступившими негативными последствиями.

Сразу оговоримся, как и в случае с самими последствиями нарушения, что установление причинной связи имеет правовое значение, а сама причинная связь приобретает характер необходимого условия договорной ответственности лишь тогда, когда речь идет о возмещении убытков. Если Же применяются иные формы ответственности: неустойка (штраф, пеня), ответственность по денежному обязательству, – наличие (либо отсутствие) причинной связи, впрочем, как и самих последствий в виде убытков, носит факультативный характер и приобретает правовое значение только при решении судом вопроса об уменьшении неустойки, несоразмерной причиненным убыткам.

На ограниченный характер применения такого условия ответственности, как причинная связь между допущенным нарушением и вызванными им последствиями, ранее обращалось внимание в юридической литературе. Например, Б.С. Антимонов полагает, что положение о причинной связи как

обязательном условии ответственности, справедливо лишь «в отношении требования о возмещении договорных убытков, но не имеет отношения к требованию о взыскании неустойки», поскольку возмещение убытков и уплата неустойки – «это различные институты гражданского права, хотя они тесно связаны между собою и оба входят в общее понятие договорной ответственности... требуя взыскания с неисправного контрагента неустойки, вовсе не нужно доказывать ни размера, ни даже факта возникновения договорных убытков»'.

С таким подходом категорически не соглашался Г.К. Матвеев, который утверждал, что во всех случаях, кроме штрафной и исключительной неустойки, «неустойка органически связана с убытками. Так, при альтернативной неустойке кредитор всегда может отказаться от штрафной санкции и взыскать убытки, если они превышают сумму неустойки, а при зачетной неустойке (самой распространенной и преимущественной форме штрафных санкций) убытки возмещаются в части, не покрываемой этой неустойкой. Взаимозависимость неустойки и убытков здесь настолько тесная, что практически вопрос о неустойке никак не может быть решен без предварительного установления причинных связей между неисполнением договора и происшедшими убытками»2.

Представляется, однако, что вывод о невозможности решения вопроса о неустойке без установления причинной связи между допущенным нару-

1 Антимонов Б.С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М., 1962. С. 84.

2 Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 70.

шением и убытками противоречит не только природе неустойки и законоположениям, ее определяющим, но и элементарным правилам логики. Если взыскание неустойки не требует (и не требовало ранее – см. ст. 36 Основ гражданского законодательства 1961 г.) доказывания ни размера убытков, ни их наличия, то тем более нельзя требовать от кредитора представления доказательств наличия причинной связи между нарушением обязательства и убытками. Видимо, причина такого вывода – желание Г.К. Матвеева во что бы то ни стало спасти теоретическую конструкцию состава правонарушения как общего и единственного основания гражданско-правовой ответственности, в которой причинная связь выполняет роль одного из основных «цементирующих» элементов.

Этот пример служит хорошей иллюстрацией пагубности попыток строить далеко идущие выводы на основе надуманных умозрительных конструкций. Ведь, если принять позицию автора, всякий раз при взыскании неустойки суд должен требовать от кредитора представления доказательств, подтверждающих как факт наличия убытков, так и их размер, а также наличие причинной связи между нарушением обязательств и причиненными убытками, что на деле неминуемо приведет к утрате неустойки как самостоятельной формы гражданско-правовой ответственности.

Куда проще и продуктивнее сделать вывод, основанный на реальном положении вещей: причинная связь между нарушением обязательств и вызванными ими негативными последствиями подлежит установлению судом и, стало быть, приобретает правовое значение только в случае применения такой формы ответственности, как возмещение убытков. При взыскании же неустойки кредитору достаточно подтвердить соответствующими доказательствами лишь сам факт неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства. Если же должник выдвигает доводы о несоразмерности взыскиваемой неустойки последствиям допущенного нарушения и представляет доказательства, свидетельствующие о том, что убытки кредитора, вызванные нарушением, никак не

могли достичь размера предъявленной им неустойки, суд может (но не обязан!) учесть и обстоятельства, связанные с наличием причинной связи. При таком подходе «рассыпается» теоретическая конструкция состава правонарушения как общего и единственного основания гражданско-правовой ответственности, но зато сохраняется в неизменном виде сущность реальных категорий гражданского права:

неустойки, возмещения убытков и в целом гражданско-правовой ответственности. Согласитесь, ради этой цели стоит пожертвовать умозрительной конструкцией, привнесенной в цивилистику из уголовного права.

Суть второго замечания, которым хотелось бы предварить рассказ о позициях, высказанных в юридической литературе, по поводу причинной

связи между нарушением субъективных гражданских прав и вызванных им последствиях, состоит в том, что применительно к договорной ответственности вопрос о причинной связи имеет не столько практическое, сколько теоретическое значение. При разрешении конкретных споров о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, проблема установления причинной связи, как правило, не возникает либо трансформируется в проблему доказывания размера убытков. И только в единичных случаях установление наличия или отсутствия причинной связи между нарушением обязательства и негативными последствиями становится центральным вопросом спорных правоотношений конфликтующих сторон. И тем не менее выяснение сущности и способов установления причинной связи имеет принципиальное значение.

Постановка проблемы причинной связи в научном и практическом плане может быть проиллюстрирована словами Г.Ф. Шершеневича: «Гражданское правонарушение предполагает такое сосуществование незаконного действия и вреда, которое обнаружило бы между ними причинную связь. При такой последовательности двух этих явлений возникают вопросы: насколько незаконное действие есть причина вреда и насколько вред есть следствие незаконного действия»'.

Практически все авторы подчеркивали, что понятие о причинности -это не специально юридическое понятие, оно относится к явлениям природы и является общим для всех наук, как естественных, так и гуманитарных. •В этом смысле немецкий философ Миль определял причину следующим образом: «Говоря философски, причина есть полная сумма положительных и отрицательных условий явления, взятых вместе, вся совокупность всякого рода случайностей, наличность которых неизменно влечет за собой следствие»2.

Авторы теории равноценных условий (Бури, Лист) подчеркивали, что для юридической оценки все условия наступления последствия равноценны. Причиной следует признавать всякое условие, которое нельзя мысленно выпустить без того, чтобы не отпало наступившее последствие. Предположим, что одного из условий не существовало. Если данное последствие все равно наступило бы, это не причина; если же последствие не наступило бы -значит, это причина (conditio sine qua поп). Все последствие может быть сведено к каждому из условий, а следовательно, и к интересующему юриста незаконному действию. Оценивая данную теорию Г.Ф. Шершеневич отм&-чал, что вытекающие из нее практические выводы «оказываются слишком

' Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие. В 2-х т. Т. 2. С- 264.

2 Здесь и далее приводится по: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное

пособие. В 2-х т, Т. 2. С. 265.

суровыми в уголовном праве и явно несправедливыми в гражданском праве... Идя в этом направлении, можно признать родителей вора, родивших и воспитавших его, ответственными за произведенную им кражу»'.

Напротив, теория выделяемого (необходимого) условия (Ортман, Бирк-мейстер, Биндинг) отрицает равноценность всех условий и считает возможным выделить из совокупности предшествующих последствию событий одно в качестве причины а тесном смысле слова. Причина есть одно из условий, к которому надо отнести наступившее последствие. На вопрос же о том, какое же из предшествующих условий имеет решающее значение, авторы этой теории давали различные ответы: ближайшее условие наступившего последствия; то из условий, которое более других содействовало наступлению последствия; положительные условия, взявшие перевес над отрицательными, и т.п.2

Теория адекватного причинения (Криз, Рюмелин, Тон, Трэгер) основана на типическом ходе событий. Не то важно, что в данном случае событие вызвало ряд последующих, а важно то, способно ли событие приводить к последствиям такого рода, способно ли событие вызываться соответствующими условиями. Причинная связь есть, если подобные условия вообще влекут за собой подобные последствия, и ее нет, если получившаяся последовательность нетипична. При такой позиции принимаются во внимание лишь те условия, которые имеют общепризнанное значение. На вопрос о том, какую же точку зрения можно считать общепризнанной, авторы концепции не давали однозначного ответа. В частности, предполагалось исходить из совокупности условий, какие мог предвидеть сам действовавший перед совершением действия; либо принимать в соображение те условия, которые можно было с объективной точки зрения обнаружить по наступлении вредного последствия; либо учитывать не точку зрения действовавшего, а всякого благоразумного человека, поставленного в его положение перед действием; или точку зрения самого предусмотрительного человека3.

Отечественная юридическая доктрина в советский период, как правило, отвергала названные «антинаучные идеалистические и механические концепции». Хотя были и исключения. К примеру, М.М. Агарков утверждал: «Суд должен установить, принадлежит ли связь между противоправным действием и вредом к. типичным причинным связям, с которыми приходится считаться на практике. Практика считается с тем критерием, которым в конечном счете должен руководствоваться суд»4.

Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: Учебное пособие. В 2-х т. Т. 2. С. 265. Там же. С. 265-266. 3 Там же. С. 266-267. См.: Гражданское право, Т. 1. М., 1944. С. 327.

В большинстве же своем в советский период выдвигались новые концепции причинной связи, которые объединяли базовая методология ~ мар-ксистско-ленинская философия и стремление исключить из поля исследования всяческие факторы, которые могли быть отнесены к субъективным моментам (видимо, во избежание упреков в «идеалистических представлениях» об объективной реальности).

Задачу «разоблачения и преодоления буржуазных идеалистических учений причинности» решала выдвинутая советскими учеными в области уголовного права (А.А. Пионтковский, Т.Д. Сергеева, М.Д. Шаргородский) и поддержанная некоторыми цивилистами (например, Б.С. Антимонов, Л.А. Лунц, Е.А. Флейшиц) теория необходимой и случайной причинной связи. Согласно этой теории, только необходимая причинная связь между неправомерным поведением и наступившими

последствиями может служить основанием ответственности за результат. Если же причинность носит случайный характер, для привлечения к ответственности нет достаточных объективных предпосылок'. При этом А.А. Пионтковский под необходимой причинностью понимал создание реальной возможности результата2, а Т.Д. Сергеева рассматривала необходимость как понятие, равнозначное

действительности3.

Сторонники теории необходимой причинности (В.П. Грибанов,

В.И. Кофман), напротив, утверждали, что случайных причинных связей нет И если одно явление послужило причиной другого, то между ними может существовать только необходимая связь. Так, В.П. Грибанов считал, что «причинность есть та из сторон всеобщей взаимосвязи, которая выражает необходимую связь явлений», а следовательно, совпадает с закономерностью4. По мнению В.И. Кофмана, нельзя считать причиной результата поведение, без которого он все равно бы наступил. Причинная связь наличествует там, где неправомерное поведение становится непосредственной причиной результата. Что касается косвенной причинной связи, то она «должна признаваться существенной и учитываться юридической практикой лишь в том случае, когда косвенным причинителем... создано отклонение от обычных результатов человеческой деятельности.,.»5.

' См,, например: Новицкий И.Б: Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.,

1950. С.307-319.

2 См.: Пионтковский А.П. Учение о преступлении по советскому уголовному праву.

М., 1961. С. 213.

3 См.: Сергеева Т.Л. Вопросы виновности и вины в практике Верховного Суд^

СССР по уголовным делам. М., 1950. С. 81.

4 См.: Гражданское право. Т. 1. М., 1969. С. 528.

5 См.: Советское гражданское право. Т. 1. М., 1968. С. 487-488.

Эти взгляды разделяются и некоторыми современными авторами. Например, Н.Д. Егоров пишет: «Наиболее приемлемой как с теоретической. так и с практической точки зрения представляется теория прямой и косвенной причинной связи. Эта теория опирается на два основных положения, вытекающих из общефилософского учения о причинности. Во-первых, причинность представляет собой объективную связь между явлениями и существует независимо от нашего сознания. В силу этого неправильно при решении вопроса о причинной связи руководствоваться возможностью или степенью предвидения правонарушителем вредоносного результата. ...Во-вторых, причина и следствие, как таковые, имеют значение лишь применительно к данному отдельному случаю. ...Противоправное поведение лица только тогда является причиной убытков, когда оно прямо (непосредственно) связано с этими убытками. Наличие же косвенной (опосредованной) связи между противоправным поведением лица и убытками означает, что данное поведение лежит за пределами конкретного случая, а стало быть, и за пределами юридически значимой причинной связи». По мнению Н.Д. Егорова, прямая причинная связь имеет место тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско-правовой ответственности. В тех же случаях,

когда между противоправным поведением лица и убытками присутствуют обстоятельства, которым гражданский закон придает значение в решении вопроса об ответственности; действия третьих лиц, непреодолимая сила и т.д., – налицо косвенная причинная связь*.

Автор теории возможности и действительности О.С. Иоффе полагает, что влияние, которое различные обстоятельства оказывают на наступление неправомерных последствий, проявляется в том, что одни из них создают абстрактную возможность, другие – конкретную возможность, а третьи – действительность результата. Если неправомерное поведение играет роль одной только абстрактной возможности, ответственность исключается. Если же оно вызвало конкретную возможность результата или тем более превратило результат из возможного в действительный, налицо причинная связь, достаточная для привлечения к ответственности. Что же касается критериев разграничения абстрактной и конкретной возможности, а также грани между поведением, создавшим возможность результата и превратившим ее в действительность, то О.С, Иоффе предлагает следующий подход. Если известны все обстоятельства, содействовавшие наступлению результата, то «к числу обстоятельств, превративших возможность в действитель-

Гражданское право: Учебник. Ч. 1. С. 493-495.

ность, могут быть отнесены только те, причиняющая сила которых получила выражение в индивидуальных – физических или общественных – особенностях данного результата». И далее: «Возможность конкретна, если она превращается в действительность объективно повторяющимися обстоятельствами. Возможность абстрактна, если ее превращение в действительность вызвано объективно неповторяющимися обстоятельствами»'.

Мы умышленно воздерживаемся от критики приведенных здесь взглядов сторонников различных теорий причинной связи, тем более что сами авторы с успехом справились с задачей выявления слабых мест в позициях правоведов, не разделяющих их взглядов на причинную связь. Дело в том, что все рассмотренные здесь теории причинной связи оттеняют различные аспекты такого многосложного понятия, как причинная связь между допущенным правонарушением и вызванными им негативными последствиями. Поэтому приведенные концепции, на наш взгляд, не противостоят друг другу, а, скорее, дополняют друг друга, и все они без исключения способствуют осмысливанию понятия причинной связи. Довольно характерным является то, что все авторы в поисках подтверждения своих взглядов находят в судебной практике примеры, полностью укладывающиеся в соответствующую концепцию. На наш взгляд, в каждой теории причинной связи имеется рациональное зерно, поэтому разные по сути теоретические представления о причинной связи могут быть использованы для определения необходимых приемов и способов установления причинной связи в той или иной конкретной ситуации.

Хотелось бы лишь отметить необоснованность отрицательного отношения правовой доктрины советского периода к так называемой предвиди-мости последствий нарушения как к одному из важнейших аспектов понятия причинной связи. Обычно данный аспект отбрасывался как чисто субъективный, а посему чуждый учению о причинности марксистско-ленинской философии, А между тем без этого критерия невозможно определить, где же граница тем последствиям, на которые распространяется ответственность лица, допустившего нарушение. Речь идет конечно же не о том, как конкретное лицо представляло себе последствия своего действия (это обстоятельство более относится к понятию вины правонарушителя), а о том, из какой степени предвидения последствий исходит закон, устанавливая ответственность за конкретное правонарушение.

В свое время Г.Ф. Шершеневич обращал внимание на то. что два события, принимаемые нами за причину и следствие в обычном словоупотреблении, расходятся в бесконечность, в сторону предшествующих условий и в сторону последующих результатов. Понятие о причинной связи, уста"

1 Иоффе О.С. Обязетельственное право. 1975. С. 118-120.

навливаемое в праве, есть круг явлений, искусственно ограниченный из общего числа нам известных. Цель, заставляющая вырвать из непрерывного ряда некоторую часть, заключается в установлении ответственности за незаконные действия. Если бы имущественной ответственности не существовало и государство принимало на себя задачу загладить материальные последствия правонарушений, никакого вопроса о причинной связи для гражданского права не было бы. Если понятие о причинной связи, определяющее условия и объем ответственности, есть понятие, построенное по началу телеологическому, то оно само определяется целью, его вызвавшей. Ответственность является правовым последствием, а потому и основание ее, т.е. причинная связь, нельзя искать там, где невозможно правовое воздействие. За пределами правовой досягаемости бесцельна причинная связь для юриста. В связи с этим, по мнению Г.Ф. Шершеневича, следует признать, что «последствия незаконного действия, за которые действовавший отвечает, не могут идти дальше того, что можно было предусмотреть в момент совершения действия на основании общежитейского опыта среднему разумному человеку- «Суд, оценивающий ex post происшедшее, должен стать на точку зрения ex ante и не предъявлять к человеку требования большей предусмотрительности, чем та, на какую рассчитывает закон, обращающийся со своими угрозами к подчиненному ему населению»'.

В современном международном частном праве объем последствий, на которые распространяется ответственность лица, допустившего нарушение договорного обязательства, ограничивается теми последствиями, которые указанное лицо могло и должно было предвидеть в момент заключения договора. К примеру, в соответствии со ст. 74 Венской конвенции убытки за нарушение договора не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения, учитывая обстоятельства, о которых она в то время знала или должна была знать. Аналогичную норму можно обнаружить и в Принципах международных коммерческих договоров. Согласно ст. 7.4.4 Принципов, неисполнившая сторона отвечает только за ущерб, который она предвидела или могла разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его неисполнения. В комментарии УНИДРУА к данной статье принцип ограничения возмещаемых убытков теми, которые являются предвидимыми, объясняется самой природой договора; не все выгоды, которых была лишена потерпевшая сторона, попадают в сферу договора, и неисполнившая сторона не должна быть обременена компенсацией ущерба, который она никогда не могла бы предвидеть в момент заключения договора и риск наступления

' Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 268.

которого она могла бы покрыть страхованием. В комментарии специально подчеркивается необходимость дополнительных пояснений концепции предвидимое™, поскольку решение, содержащееся в Принципах, не соответствует некоторым правовым системам, которые допускают компенсацию даже непредвидимого ущерба, если неисполнение явилось результатом умышленного поведения или грубой небрежности. Поскольку Принципы не предусматривают такого исключения, напрашивается узкое толкование концепции предвидимое™. Предвидимость относится к характеру или типу ущерба, но не к его размеру. Во всех случаях Предвидимость ~ это гибкая концепция,

которая оставляет широкие возможности для судейского усмотрения. «Определение того, что является предвидимым, – говорится в комментарии, – устанавливается со ссылкой на момент заключения договора и саму неисполнившую сторону... и критерием является то, что обычное прилежное лицо могло бы разумно предвидеть в качестве последствий неисполнения при обычном ходе вещей и особых обстоятельствах конкретного договора, таких, как представленная сторонами информация и их предшествующие сделки»'.

Положения международного частного права о предвидимости убытков 'нашли применение в практике Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС), Так, М.Г. Розенберг, комментируя решение МКАСа по одному из дел, указывает, что МКАС на основании предписаний Венской конвенции удовлетворил требования истца о возмещении ему убытков в виде разницы между стоимостью непоставленного в нарушение условий контракта товара по ценам сделок, совершенных истцом при закупке товара, и стоимостью, исчисленной по ценам, предусмотренным контрактом. При этом МКАС особо отметил, что возможность таких убытков ответчик должен был предвидеть в момент заключения контракта в качестве возможных неблагоприятных последствий нарушения своих обязательств. К тому же он не представил доказательств того, что у истца была возможность в момент осуществления сделок взамен приобрести товар на рынке по более дешевым ценам2.

На наш взгляд, несмотря на то что в российском гражданском законодательстве отсутствует положение, аналогичное тому, что предусмотрено ст. 74 Венской конвенции, Предвидимость убытков (определенных их типов и видов) на момент заключения договора может рассматриваться судебной практикой как один из необходимых признаков причинной связи между допущенным нарушением договорного обязательства и наступившими по-

' Принципы международных коммерческих договоров. С. 230-231.

См.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи: Современная практика заключения. Разрешение споров. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1996. С. 85.

следствиями, ограничивающих круг последствий, за которые ответственна сторона, нарушившая обязательство.

Вина

Как общее правило необходимым условием для привлечения должника к ответственности за нарушение обязательства является вина должника. Норма об ответственности при наличии вины традиционно включалась во все отечественные гражданские кодексы (ГК 1922 г., ГК 1964 г,). Имеется такая норма и в действующем ГК: согласно п. 1 ст. 401 Кодекса, лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности.

Вместе с тем в отличие от прежних гражданских кодексов, в которых отсутствовало определение вины должника, действующий ГК содержит определение понятия вины, которое выражено следующей формулой: «Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства» (п. 1 ст. 401).

Казалось бы, учитывая появившееся легальное определение вины как условия гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательства, мы были вправе ожидать кардинального изменения направления исследований в этой области гражданского права, ранее сориентированных на усиленно насаждаемые в цивилистике уголовно-правовые подходы к понятию вины как одному из оснований (субъективная сторона) состава преступления.

К сожалению, до настоящего времени в современной юридической литературе практически отсутствует теоретический анализ вины как условия гражданско-правовой ответственности, а доктрина гражданского права по инерции продолжает в основном оставаться на прежних позициях, смысл которых заключается в поиске все новых объяснений необходимости применения в цивилистике чуждых ей уголовно-правовых взглядов на вину как один из элементов состава правонарушения, представляющих собой некое гипотетическое ГКихическое отношение правонарушителя к своим действиям и их последствиям.

Например, в учебнике гражданского права Санкт-Петербургского государственного университета, выпущенном в свет в 1996 г., находим хорошо знакомые по литературе советского периода положения о том, что вина «представляет собой такое ГКихическое отношение лица к своему противо-

правному поведению, в котором проявляется пренебрежение к интересам общества или отдельных лиц. Такое понятие вины в равной мере применимо как к гражданам, так и к юридическим лицам», что «как субъективное условие гражданско-правовой ответственности вина связана с ГКихическими процессами, происходящими в сознании человека» и т.д. и т.п.'

Такими же традиционными, как и в советской юридической литературе, остаются подходы к вопросу о вине юридических лиц. Авторы названного учебника утверждают, что вина последних иначе и не может проявиться, как только через «виновное поведение работников соответствующей организации при исполнении ими своих трудовых (служебных) обязанностей, поскольку действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника...» Любопытны примеры, которые приводятся в учебнике в качестве бесспорной иллюстрации данного положения: «...вина коммерческой организации, допустившей просрочку в поставке продукции из-за нехватки рабочей силы или оборудования, выражается в виновном поведении руководителя коммерческой организации, который не принял своевременно мер по устранению этих недостатков в деятельности коммерческой организации. Вина юридического лица может проявиться и в виновных действиях его работника, например в вине рабочего, допустившего брак при изготовлении продукции»2.

Можно подумать, что кредитору, предъявляющему требования к поставщику, допустившему просрочку поставки товаров или поставившему недоброкачественные товары, а также суду, рассматривающему такие требования, есть какое-то дело до того, как руководитель организовывал поставку, а рабочий выполнял свою техническую операцию, а главное – каково ГКихическое отношение последних к своим действиям и вызванным ими последствиям!

Приблизительно с таких же традиционных позиций рассматриваются и иные теоретические вопросы, связанные с применением положений о вине как условии гражданско-правовой ответственности: о формах вины (умысле и неосторожности); о смешанной вине; о презумпции виновности правонарушителя; об ответственности за «невиновное» нарушение обязательства и другие3.

Данное обстоятельство, а именно: инерционное движение гражданско-правовой доктрины по

тупиковому пути, намеченному в советский период, когда цивилистике было навязано понятие вины, «густо замешанное» на

' Гражданское право: Учебник. Ч, 1. С. 498-499.

'Там же. С. 498.

' См. там же. С. 499-505.

чуждых ей уголовно-правовых элементах, заставляет уделить более пристальное внимание генезису данной гражданско-правовой категории на различных этапах развития цивилистики.

Понятие вины в римском праве

По римскому праву ответственность должника в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, как правило, наступала при наличии вины должника. Под виной (culpa) понималось несоблюдение того поведения, которое требуется правом, что выражалось в следующем положении: «Нет вины, если соблюдено все, что требовалось»1.

Вина (culpa) в широком смысле слова включала в себя два вида вины:

умысел (dolus), когда должник предвидит последствия своего нарушения (действий или бездействия) и желает этих последствий, и небрежность (culpa в тесном смысле этого слова), когда он не предвидел, но должен был предвидеть эти последствия. В случае умышленного (dolus) неисполнения' обязательства всегда наступала ответственность. Данное положение носило' императивный характер и не могло быть устранено соглашением сторон:

«...недействительно соглашение об устранении ответственности за умысел»2.

Вина в форме небрежности (culpa) определялась следующим образом:

«Вина имеется налицо, если не было предвидено то, что заботливый мог предвидеть»3.

Источники римского права различали несколько степеней вины в форме небрежности (culpa в тесном смысле слова). Во-первых, грубая вина, грубая небрежность (culpa lata), когда должник не проявляет ту меру заботливости, которую можно требовать от всякого, а в его действиях (бездействии) проявляется «непонимание того, что все понимают»4.

Во-вторых, легкая вина (culpa levis или просто culpa), когда должником не проявлена мера заботливости, присущая доброму хозяину, заботливому главе семьи. Римские юристы выработали тип заботливого и рачительного хозяина, который служил мерилом степени заботливости должника при исполнении им обязательства и в связи с этим степени его ответственности за вину. Поскольку легкая вина предполагала несоблюдение этого определенного юристами мерила, этот вид вины получил впоследствии название culpa in abstracto, т.е. вина по абстрактному мерилу.

' Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1996. С.349.

2 Там же. С. 350.

3 Там же. С. 349.

4 Там же. С. 350.

В-третьих, в отличие от вины по абстрактному критерию римские Юристы говорили о третьем виде

вины ~ culpa in concrete т.е. о вине, определяемой по конкретному мерилу, когда должником не соблюдена та мера заботливости, которую он проявляет в собственных делах'.

Таким образом, по римскому праву culpa (вина) чаще всего означала culpa levis, т.е. легкую вину, которая проявлялась в отсутствии степени заботливости, присущей доброму хозяину; реже имела место culpa lata, т.е.^. грубая вина, которая практически приравнивалась к умыслу. Dolus (умысел) и culpa (вина) объединялись в обобщающем понятии culpa в широком, смысле этого слова.

Как видим, римское право не оставляло места для гипотетического «ГКихического» отношения должника к своим действиям (бездействию) и их результату.

Следует обратить внимание на то, как выглядели положения римского права о вине в интерпретации российских юристов, ибо именно это в наибольшей степени предопределяло российскую гражданско-правовую доктрину (ее соответствующие положения). В этом смысле чрезвычайно любопытна работа К.Анненкова «Система русского гражданского права», вышедшая в свет в 1901 г.(второе издание)2. Автор отмечал, что «по праву римскому... на должнике лежала обязанность отвечать перед верителем за убытки, происшедшие оттого, что исполнение обязательства в целом или в части сделалось невозможным по его вине, и притом одинаково как в тех случаях, когда исполнение его сделалось невозможным вследствие его dolus'a in faciendo или in non faciendo, так и в тех, когда исполнение его сделалось невозможным вследствие его culpa. Эта обязанность должника считалась до такой степени безусловной, что соглашение об освобождении его от нее, как безнравственное, считалось недействительным, хотя соглашение о прощении убытков, должником уже причиненных, допускалось и считалось, напротив, действительным. Впрочем, ответственность должника за убытки, происшедшие от неисполнения обязательства вследствие его culpa levis, определялась правом римским... не всегда одинаково, т.е. иногда объем ответственности его увеличивался, а иногда, напротив, уменьшался»3.

В качестве примера увеличения ответственности по римскому праву . автор ссылался на обязательства тех лиц, которые занимались чужими делами безвозмездно, не получая никакого вознаграждения, если они сами

' Римское частное право. Учебник. С. 351.

2 Анненков К. Система русского граяаданского права. Т. III. Права обязательствен' ные. Второе издание, пересмотренное и дополненное. СПб., 1901.

3 Там же. С. 123-124.

«навязались» на заключение какой-либо сделки; уменьшение ответственности иллюстрировалось обязательствами, которые или существовали в обоюдном интересе должника и верителя, или же касались собственного интереса должника. В отношении тех случаев, когда обязательство существовало в обоюдном интересе двух сторон, автор подчеркивал, что ответственность за убытки, происшедшие от culpa levis, падала по праву римскому на обе стороны.

По общему правилу, отмечает К. Анненков, по римскому праву каждый должник обязан был отвечать за убытки, происшедшие от неисполнения обязательства только по его собственной вине, за неисполнение же обязательства по чужой вине или, все равно, за неисполнение его по вине другого должник обязан был отвечать только как исключение из общего правила, за custodia rei в случаях нахождения у него на руках чужих телесных вещей, когда он обязан был отвечать за убытки,

происшедшие от их повреждения или похищения третьими лицами, если только похищение не было насильственным, каковое, наравне с непреодолимой силой, освобождало

его от ответственности.

По римскому праву должник отвечал за «целость» (сохранность) чужой вещи, в том числе и за действия третьих лиц в отношении этой вещи (custodia rei), в случаях: а) принятия им возмездно на сохранение вещей в его склад в качестве его хозяина; б) принятия им в качестве корабельщика или хозяина гостиницы или постоялого двора груза или вещей путешественников; в) принятия им вещей в качестве поклажепринимателя, или за-кладопринимателя, или даже и рабочего; г) принятия им вещей как лицом, ведущим чужие дела без поручения. Впрочем, в указанных случаях договором допускалось как расширение, так и сужение ответственности должника

за custodia.

По римскому праву, подчеркивал К. Анненков, должник по общему правилу не отвечал за неисполнение обязательства, последовавшее от случая (casus), за особый вид которого считалась также непреодолимая сила (vis major), как чрезвычайный, необыкновенный случай, например пожар, наводнение, землетрясение, кораблекрушение, моровая язва, вторжение неприятеля, нападение разбойников и т.п. Но и из этого правила были исключения, когда ответственность все же возлагалась на должника. К числу таких исключений относились следующие случаи. Во-первых, когда casus, сделавший невозможным исполнение обязательства, наступил или по вине должника, или же во время просрочки должником обязательства. Во-вторых, когда соглашением сторон устанавливалась ответственность должника, в том числе и за случайно наступившую невозможность исполнения обязательства. В-третьих, когда в силу случайных обстоятельств не испол-

нялось обязательство, предметом которого были деньги или вещи, определяемые родовыми признаками. В-четвертых, в случаях обращения должника, действующего в чужом интересе, к занятию такими новыми предприятиями, которыми хозяин обыкновенно не занимается.

В остальных случаях вследствие случайной гибели предмета обязательства должник освобождался от обязанности его исполнения, если обязательство его не было альтернативным, по которому должник мог быть освобожден от исполнения лишь в случае гибели всех предметов указанного обязательства'.

Более жесткие и детальные правила устанавливались римским правом в отношении ответственности должника, допустившего просрочку исполнения обязательства. Для должника, «впавшего в просрочку», наступали из1--вестные важные последствия, которые заключались: в его обязанности возместить верителю убытки, уплатить проценты и предоставить полученные плоды; в обязанности должника отвечать даже за случайные гибель или ухудшение вещи, составляющей предмет его обязательства; в праве верителя по двухстороннему договору отступиться от договора, если принятие. просроченного исполнения противно его интересам, однако для того, чтобы такие последствия просрочки в исполнении обязательства могли наступить, римским правом требовалось чтобы должником не только было пропущено назначенное время для его исполнения, но и чтобы обязательство было не исполнено в установленный срок по его вине. От верителя же требовалось сделать должнику напоминание об исполнении обязательства. Такое напоминание заключалось во внесудебном требовании верителя представления должником удовлетворения или платежа по обязательству, которое должно было быть предъявленным должнику до наступления срока исполнения обязательства2.

Должник признавался невиновным в неисполнении обязательства, в том числе и при наличии просрочки его исполнения, в случаях, когда:' должник по извинительному заблуждению не знал или о самом существовании обязательства, или его размере, или же сроке его исполнения, что признавалось возможным, например, если наследник был недостаточно осведомлен о положении наследства или его поручитель не знал о неисполне- ^ нии обязательства должником; внешние обстоятельства, не зависящие от должника, помешали исполнению обязательства, к примеру отсутствие верителя или самого должника по случаю нахождения в плену у неприятеля" или в отлучке по делам службы.

' См.: Анненков К. Указ. соч. С. 124. 2 См. там же. С. 124-125.

Невыгодные для должника последствия просрочки в исполнении обязательства отпадали также в случаях, когда: обязательство прекращалось посредством его исполнения или иным образом; веритель сам прямо или молчаливо давал отсрочку на его исполнение; должник предлагал верителю исполнение просроченного обязательства вместе с возмещением вреда, имевшего место в связи с просрочкой исполнения обязательства.

Предложение исполнения обязательства признавалось римским правом совершенным должником надлежащим образом в зависимости от того, подлежал ли предмет удовлетворения обязательства доставлению со стороны должника верителю, или же, напротив, веритель обязан был взять его у должника. В первом случае должник вместе с предложением о предоставлении исполнения обязательства должен был доставить верителю и самый предмет обязательства. Во втором – должник только заявлял верителю о своей готовности исполнить обязательство.

В случае непринятия верителем предложения исполнения обязательства от должника, совершенного последним надлежащим образом, веритель по римскому праву считался просрочившим в принятии исполнения обязательства и должен был нести невыгодные последствия. Суть этих последствий заключалась в том. что: веритель обязан был терпеть вред, происшедший от случайной гибели вещи, предлагавшейся должником в исполнение обязательства; должник не обязывался долее хранить вещь, составлявшую предмет обязательства, если для хранения ее требовались издержки; в случае же сохранения должником этой вещи он имел право требовать от верителя возмещения понесенных им от этого убытков1.

Аналогичный подход к определению существа вины должника в форме небрежности, неосторожности (culpa) по римскому праву, а также к критериям разграничения отдельных видов такой вины мы находим и у В.М. Хвостова, который определял суть culpa следующими словами: «Тот действует неосторожно, кто не обдумывает своих действий с той степенью заботливости, применения которой право требует от него в данном случае»2.

Степень заботливости, которую право требует от действующего лица, отмечал В.М. Хвостов, определяется в разных случаях по различным масштабам и в различных границах. В частности, применяются два масштаба определения должной меры заботливости: абстрактный и конкретный. Абстрактный масштаб состоит в том, что право требует у каждого лица соблюдения той степени заботливости, которую обыкновенно при подобных обстоятельствах обнаруживает средний человек, как его мысленно представляют себе законодатель и судья. Причем этот средний человек сам

См.: Анненков К. Указ. соч. С. 127. 2 Хвостов В.М. Система римского права: Учебник-М., 1996. С. 192.

может быть двоякого типа. Иногда требуется только такая мера заботливости и осмотрительности,

какую при данных условиях проявил бы всякий обыкновенный человек. Отсутствие такой осмотрительности называется culpa lata (грубая неосторожность). В других случаях требуется соблюдение той степени заботливости, которую обнаружил бы хороший, заботливый представитель данной профессии и человек данного положения в обществе. Отсутствие такой осмотрительности составляет легкую вину (culpa levis). Конкретный масштаб при определении необходимой степени заботливости применялся по римскому праву лишь к определенным отношениям, возникающим на почве некоторых обязательств (опека, ответственность мужа за приданое). От действующего лица требовалось применение к чужому делу той степени заботливости, которую он сам обыкновенно применяет к своим собственным делам. Отсутствие этой заботливости называется culpa in concrete'.

Как видим, понятие вины должника как проявление им необходимой степени заботливости было характерным для трактовки российскими юристами соответствующих положений римского права. Данное обстоятельство предопределило подход российской гражданско-правовой доктрины к определению понятия вины должника, нарушившего обязательство.

Вина по российскому гражданскому праву

Положения дореволюционного российского гражданского законодательства об ответственности должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства критиковались российскими цивилистами в связи с их неопределенностью и излишней краткостью, что не позволяло в полной мере учитывать степень виновности должника в нарушении обязательства. Так, Анненков отмечал, что действовавшее в тот период законодательство содержало положения о том, что всякий договор и обязательство, правильно составленные, налагают на договаривающихся обязанность их исполнить. Причем «договоры должны быть исполняемы по точному оных разуму, не уважая побочных обстоятельств»; «всякий договор и всякое обязательство в случае неисполнения производят право требовать от лица обязавшегося удовлетворения во всем том, что поставлено в них»; «всякий ущерб в имуществе и причиненные кому-либо вред и убытки налагают обязанность доставлять вознаграждение»2,

По поводу указанных положений российского законодательства тот же Анненков писал; «Они слишком безусловны, так как в них не только не

\ Хвостов В. М. Система римского права. С. 193. 2 Анненков К. Указ. соч. С. 135.

упоминается о зависимости ответственности должника за неисполнение обязательства от его вины или небрежности, как в праве римском... но по отношению исполнения обязательств договорных указывается, что договоры должны быть исполняемы в точности, не уважая побочных обстоятельств, т.е. как бы обстоятельств внешних, посторонних, в наступлении их от воли должника не зависящих. На самом деле, однако же, возложение на должника безусловной ответственности за неисполнение обязательства, последовавшего даже не по его вине или небрежности, а от случая или непреодолимой силы, представляется до такой степени несправедливым, что нет ничего удивительного в том, что едва ли не все наши цивилисты, несмотря на существование в нашем законе означенных постановлений, высказались за невозможность и у нас возложения на должника такой безусловной ответственности за неисполнение обязательства*.

Например, Мейер утверждал, что и в России ущерб, происшедший для верителя по обязательству, может подлежать возмещению лишь тогда, когда он произошел от действия другого лица, нарушившего его права, потому что только нарушение прав рождает для лица, в этом виновного,

обязанность вознаградить его, но не тогда, когда ущерб произошел от несчастного случая и когда нести его должен уже веритель, за исключением обязательств о доставлении родовых вещей. Вопрос об ответственности за неисполнение обязательств двусторонних должен быть разрешаем, по мнению Мейера, исходя из того, что действие должника, составляющее предмет обязательства, должно считаться за эквивалент обязательства верителя, вследствие чего следует полагать, что в тех случаях, когда исполнение должником действия, составляющего предмет обязательства, стало невозможным и им не исполняется, и веритель не обязан исполнять действие, составляющее предмет его обязательства по отношению к должнику2.

Цивилисты той поры сходились во мнении, что необходимым условием ответственности за неисполнение обязательства является наличие вины должника в неисполнении. Вместе с тем в юридической литературе того времени велась дискуссия относительно необходимости учета вины должника в случае, когда обязательство не исполнялось в связи с невозможностью его исполнения в силу внешних причин, а также неисполнения должником двухстороннего обязательства при неисполнении своего обязательства его контрагентом.

К примеру, Кавелиным была высказана точка зрения, согласно которой, если та или иная сторона не может выполнить обязательства по причинам, не зависящим от ее доброй воли, оно прекращается, а когда одна из

АнненковК. Указ. соч. С. 135. См. там же.

сторон, участвующих в обязательстве, не захочет его исполнить, то от другой зависит или также отказаться от его исполнения, или же потребовать от нее исполнения принудительными средствами'.

По мнению Победоносцева, если сторона, обязанная к исполнению, когда наступило время исполнения, уклоняется от исполнения, она виновна в неисполнении и может быть принуждена как к исполнению, так и к платежу штрафа. Наличность вины и ответственности за неисполнение обязательства устраняется, когда причиной неисполнения было обстоятельство внешнее, не зависевшее от личной воли и сделавшее исполнение физически или юридически невозможным. Сама справедливость требует, чтобы должник освобождался от исполнения обязательства в тех случаях, когда внешние обстоятельства делают исполнение его безусловно невозможным. Так'. же точно и при обязательствах двусторонних договор подлежал прекращению в случаях невозможности его исполнения одной из сторон по причине наступления указанных обстоятельств, а стороны должны быть возвращены в то положение, в котором они находились до заключения договора. Победоносцев полагал, что при двухсторонних обязательствах неисполнений, обязательства одной стороной должно давать и другой стороне право отка-. заться от его исполнения в тех случаях, когда она имеет равносильное право требования к первой, которому наступил срок исполнения2.

Гольмстен утверждал, что для возникновения ответственности должника за неисполнение обязательства необходима наличность или его умыш-:

ленной вины (dolus) или, по крайней мере, его небрежности или неосторожности (culpa). Однако за неисполнение обязательства, последовавшее от,;

случая (casus) или непреодолимой силы (vis major), должник ни в каком случае не может быть привлечен к ответственности, за исключением только s тех случаев, когда сам закон возложил на него ответственность и за случай-,;

ное неисполнение обязательства или же когда должник допустил просрочку в исполнении3.

По мнению Пирвица, необходимо различать условия ответственности должника за неисполнение самого обязательства и за последствия, происшедшие от его неисполнения, т.е. за тот вред или убытки,-которые мог потерпеть веритель от неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Именно ответственность должника за неисполнение самого обязательства, т.е. за недоставление верителю самого предмета обязательства (невозвращение займа, вещей, взятых на хранение; неуплата вознаграждения за выполненные работы и т.п.), не должна быть поставлена в зависи-

См. Анненков К. Указ. соч. С. 136. 3 См, там же. С. 137. 3 См. там же.

мость от его вины в неисполнении обязательства, вследствие чего верителю всегда должно принадлежать право требовать от должника возврата его денег или вещей или же уплаты следуемого ему вознаграждения. Между тем ответственность за убытки, происшедшие от неисполнения обязательства, напротив, может быть возлагаема на должника только при наличии его вины, за исключением только того случая, когда бы должник прямо при заключении договора принял на себя ответственность и за случай. При обязательствах двусторонних каждая из сторон может быть признаваема обязанной к исполнению обязательства под условием исполнения обязательства другой стороной в ее пользу, поэтому должник, не исполнивший обязательство вследствие наступления каких-либо случайных обстоятельств и потому подлежащий освобождению от обязанности его исполнения, должен вместе с тем лишаться и права на требование исполнения обязательства от другой стороны в силу того общего начала, что страх за случай должен нести собственник вещи. По этим положениям, по мнению Пирвица, ответственность должника за неисполнение обязательства может подлежать определению, однако, лишь только до момента допущения им просрочки в исполнении, по наступлении которого должник, напротив, должен быть признан обязанным отвечать за неисполнение обязательства, происшедшее и от случая'.

С мнением названных авторов о том, что наступление одних только внешних обстоятельств, делающих исполнение обязательства невозможным, может считаться основанием освобождения должника от ответственности за его неисполнение, не соглашался Шершеневич, по мнению которого невозможность исполнения обязательства может быть как объективной, т.е. такой, которая может освобождать от ответственности каждого, так и субъективной, или такой, которая может освобождать от этой ответственности данного должника. Эту позицию разделял и Анненков2.

Естественно, научные дискуссии вокруг понятия вины должника в неисполнении обязательства и влияния факторов, связанных с наличием или отсутствием вины, на ответственность по обязательствам были в центре внимания российских правоведов при подготовке проекта Гражданского Уложения. В результате в проекте появилась ст. 1650, предусматривающая, что должник отвечает за убытки, причиненные верителю неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, если не докажет, что исполнение обязательства вполне или в части сделалось невозможным вследствие такого события, которого он, должник, не мог ни предвидеть, ни предотвратить при той осмотрительности, какая требовалась от него по исполнению обязательства (случайное событие).

См.: Анненков К. Указ. соч. С. 137-138, Там же. С. 139.

В материалах Редакционной комиссии говорится, что по вопросу ответственности должника за

неисполнение обязательства, или, что то же, о вине его, наличием которой обусловливается ответственность, следует прежде всего заметить, что вина должника явствует сама собою, если он не исполняет обязательства, несмотря на то что имеет возможность исполнить его. «Вопрос же о том, не исполнил ли должник обязательство с умыслом причинить верителю убытки или без умысла, а лишь относясь безразлично к сознаваемому или невыгодному положению верителя, не получающего удовлетворения, не имеет никакого значения для имущественной ответственности^.

Таким образом, вопрос о том, ответствует ли должник за неисполнение или, напротив, освобождается от обязательства, возникает лишь тогда, когда должник не имеет возможности его исполнить. В этом именно случае необходимо определить, является ли эта невозможность следствием вины должника или независящих от него обстоятельств.

Невозможность исполнения обязательства признавалась российскими правоведами, когда предмет исполнения уже после возникновения обязательства погиб, изъят из обращения, утрачен или на законном основании поступил в собственность третьего лица или когда должник был не в состоянии исполнить то чисто личное действие, к которому он обязался. Недостаточность имущества должника для удовлетворения верителя, даже если она имела место вследствие не зависящих от него случайностей, не считалась невозможностью исполнения обязательства, т.к. то обстоятельство, что должник сделался неоплатным не по собственной вине, не может служить основанием к освобождению его от исполнения по обязательству из имущества, какое впоследствии может у него оказаться, что привело бы к обогащению должника за счет верителя. В связи с этим вопрос о невозможности исполнения совсем не возникает в тех обязательствах, исполнение которых зависит единственно от достаточности имущества должника. Таковы все обязательства, имеющие предметом деньги и вообще вещи заменимые, а также такие чисто личные действия, при совершении которых личность должника не имеет значения, т.к. первые находятся всегда в обращении, а последние могут быть совершены кем-либо другим по поручению должника или на его средства.

Исходной точкой для правила, по которому в каждом отдельном случае должно быть определяемо свойство невозможности исполнить обязательство, произошла ли она по вине должника или случайно, служит сущность обязательства: лицо, обязанное к определенному действию, обязано вместе с тем, с одной стороны, не совершать какого-либо действия, могу-

' Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 242.

щего воспрепятствовать исполнению того, что составляет предмет обязательства, и с другой стороны, принять меры к тому, чтобы обязательство было исполнено.

В тех случаях, когда должник совершает какое-либо действие, лишающее его возможности исполнить свое обязательство (например, уничтожает или передает третьему лицу вещь, которую он обязан передать верителю), умышленная вина (dolus) с его стороны явствует сама собою. Причем вопрос о том, поставил ли себя должник в невозможность исполнения умышленно или без умысла, и здесь не имеет правового значения.

Если же непосредственной причиной невозможности исполнения явились действия третьих лиц или силы природы, т.е. обстоятельства внешние, возникает вопрос, не было ли совершено со стороны должника какое-либо неосторожное действие, способствующее наступлению этих обстоятельств, и было ли им сделано все зависящее от него, чтобы предотвратить их наступление. Ответственность должника в этом случае вытекает из наличия вменяемой ему в вину неосторожности, состоящей в

недостаточной внимательности его к своему обязательству, в совершении того, чего ему совершать не следовало, в нерадении о том, о чем заботиться он был обязан'.

Российские цивилисты особо обращали внимание на то, что для наличия вины требуется, чтобы должник предвидел, что его действие или упущение может иметь более или менее отдаленным последствием невозможность исполнения обязательства. Но так как должник обязан внимательно относиться к своей деятельности, то одно непредвидение им того, что он мог предвидеть, составляет само по себе упущение с его стороны, и, следовательно, «для вменения ему в вину обстоятельств, о коих идет речь, нечего останавливаться на том, в самом ли деле он сознавал причинную связь этих обстоятельств с совершаемым им действием или упущением, т.е. предвидел наступление их; достаточно, если он мог сознавать эту связь, имея возможность предвидеть наступление означенных обстоятельств»2.

Вместе с тем подчеркивалось, что личные качества ума и воли должника не могут служить основанием для разрешения вопроса о том, мог ли он предвидеть наступление известных обстоятельств или нет, так как постановление ответственности должника в зависимость от его личных качеств внесло бы шаткость и неопределенность в обязательственные отношения, юридическая сила которых выражается в ответственности. Отсюда очевидна необходимость установления общей мерки возможности предвидения, обязательной для всякого должника, независимо от качеств, свойственных данному должнику лично. То, что, согласно мерке, может быть

См.: Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 243. ; Там же.

предвидено, должно быть предвидено. Сказанное в равной степени относилось российскими цивилистами и к возможности изыскания должником мер для предотвращения обстоятельств, могущих воспрепятствовать исполнению обязательства,

В качестве мерки возможности предвидения и предотвращения предвиденного признавалась соответствующая степень внимательности, радения, старания. «Всякое обстоятельство, которое, при применении должником обязательной для него внимательности, могло быть им предвидено и предотвращено, подлежит вменению должнику в вину. ибо он должен был его предвидеть и предовратить. Напротив того, обстоятельство непредвидимое и непредотвратимое при применении обязательной для должника внимательности, хотя бы оно могло быть предвидено и предотвращено, если бы должник отнесся к своему обязательству с большею внимательностью, нежели та, к которой он был обязан, следует признать случайным»'. ,

Общим правилом для признания должника соответственно виновным или невиновным в неисполнении обязательства проект российского Гражданского Уложения признавал отвлеченное понятие о степени осмотрительности рачительного, заботливого хозяина. Дня отдельных видов договорных обязательств в проекте предусматривалась та степень осмотрительности, какая требовалась от должника по исполнению соответствующего обязательства, его простоты или сложности, а также большей или меньшей опасности и важности последствий неосмотрительности, притом что пр общему правилу должник отвечает за всякую вину и только в некоторых, точно определенных, случаях признавалось справедливым оказать должнику снисхождение, ограничив его ответственность лишь упущением заботливости, обыкновенно прилагаемой им к собственному имуществу, т.е. конкретной виною, или только грубой неосторожностью, грубой виною, или даже только умышленной виною.

Примером конкретной вины должника могла бы служить норма, содержащаяся в ст. 1903 проекта, согласно которой применительно к договору хранения предусматривалось, что принявший вещь на хранение безвозмездно обязан заботиться о ее целости и сохранности с осмотрительностью, какую он прилагает к собственным вещам.

В качестве иллюстрации использования в проекте ГУ конструкции грубой неосторожности, грубой вины можно привести следующие положения: со временем просрочки со стороны верителя должник лишь тогда отвечает за невозможность исполнить обязательство, когда исполнение сделалось невозможным вследствие умысла или грубой неосторожности

* Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 244.

(ст. 1677); поверенный, исполняющий поручение безвозмездно, отвечает з& убытки, причиненные лишь по грубой неосторожности (ст. 2054).

Случаи ответственности должника лишь за умышленную вину предусматривались, например, в ст. 1794 проекта, согласно которой даритель, который, зная о скрытых недостатках даримого имущества или о правах третьего лица на это имущество, умышленно не предупредил о том одаренного, обязан вознаградить его за убытки, понесенные вследствие недостатков или отсуждения подаренного имущества; в ст. 1882, в соответствии с которой ссудодатель, умышленно скрывший недостатки переданной в ссуду вещи, отвечает за убытки, понесенные ссудопринимателем вследствие этих недостатков.

Еще раз подчеркнем, что названные формы вины: конкретная вина, грубая неосторожность, умышленная вина – использовались российскими цивилистами лишь применительно к отдельным видам обязательств. В общей же части обязательственного права общим правилом признавалось то, что должник не подлежит ответственности за убытки, если обязательство не исполнено не по его вине (т.е. умысла и неосторожности) или, что то же самое, вследствие случайного события.

При подготовке проекта Гражданского Уложения предметом обсуждения был и вопрос о бремени доказывают наличия (или отсутствия) вины должника в неисполнении обязательства, который формулировался российскими цивилистами следующим образом: «Обязан ли должник доказать, что неисполнение им обязательства произошло без вины с его стороны, или, напротив того, веритель должен доказать, что неисполнение подлежит вменению в вину должнику?». Специально подчеркивалось, что «этот вопрос разрешается в пользу верителя и против должника... Должник обязан доказать как невозможность исполнения, так и то, что она произошла не по его вине»'.

Веритель-истец лишь тогда обязан доказать вину должника-ответчика, когда вина является элементом того события, из которого произошло обязательство, а именно в случае возникновения обязательства из недозволенного деяния (деликтные обязательства).

Что же касается ГКихических аспектов вины, преобладающих в юридической литературе советского периода, то российские цивилисты говорили лишь о ГКихическом состоянии нарушителя, имея в виду его вменяемость (или невменяемость). Например, у Шершеневича находим: «Вина предполагает такое ГКихическое состояние действовавшего, в котором он имел представление о неизбежности или возможном вредном последствии своего поведения, уклоняющегося от юридически нормального. Возложение на

Гражданское Уложение; Проект. Том второй, С. 245-

него ответственности за причиненный им вред стоит в зависимости от способности представлять себе последствия своих действий. Где этого условия нет, там, по принципу вины, нет и гражданской вменяемости. Поэтому законодательства не возлагают гражданской ответственности, по невменяемости, на детей, на страдающих душевной болезнью, на пораженных временно потерей вменяемости, например... в состоянии горячечного бреда»'.

Понятие вины в зарубежном законодательстве

Общие подходы к определению понятия вины в законодательстве и гражданско-правовой доктрине стран континентальной Европы в существенных моментах аналогичны тем, которые имелись в российском дореволюционном гражданском праве и имеются в современном российском гражданском законодательстве. И это понятно, поскольку все названные правовые системы основаны в конечном итоге на положениях римского права.

В праве стран континентальной Европы вина должника признается предпосылкой ответственности за неисполнение обязательства. Гражданское законодательство этих стран исходит из презумпции вины должника (например, ст. 1147 Французского гражданского кодекса; параграф 282 Германского гражданского уложения), кредитор должен доказать лишь факт неисполнения или ненадлежащего исполнения должником своего обязательства.

Законодательство названных стран не содержит определения понятия вины, но включает в себя положения о различных формах вины: умысле и небрежности (к примеру, параграф 278 ГГУ). В качестве критерия разграничения различных форм аины используется степень заботливости, которую должен был проявить должник при исполнении обязательства. При этом речь идет не о возможностях и способностях конкретного должника, а о некоем абстрактном критерии: проявлении заботливости, соответствующей обычаям оборота либо свойственной хорошему хозяину. В германском гражданском праве для определения вины должника используется также критерий надлежащей заботливости «порядочного коммерсанта» (параграф 346 Германского торгового уложения).

По отдельным обязательствам, которые, как правило, носят безвозмездный характер, вместо абстрактного критерия заботливости, свойственной хорошему хозяину либо соответствующей обычаям делового оборота, используется менее строгий критерий оценки поведения должника, а именно: та степень заботливости, которую должник проявляет в собственных

' Шершеневич Г. Ф. Общая теория права: Учебное пособие. В 2-х т. Т. 2 С 270-271.

делах {конкретная вина). Такой подход нашел отражение в нормах, регулирующих ответственность по договорам хранения, поручения и некоторым другим.

Общей чертой законодательства всех стран континентальной Европы является предоставление сторонам в обязательстве права самим определять основания освобождения от его неисполнения. Однако, как правило, условия соглашения сторон, заранее освобождающие должника от ответственности за умышленную вину, признаются недействительными (например, параграф 276 ГГУ).

Должник, стремящийся освободиться от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, должен доказать отсутствие своей вины. Должнику удается достичь этой цели, как правило, лишь в том случае, если будут представлены доказательства неисполнения обязательства в силу не зависящих от него внешних обстоятельств, сделавших исполнение

обязательства невозможным. Речь идет о таких обстоятельствах, которые могут быть квалифицированы как случай либо непреодолимая сила.

Должник по общему правилу освобождается от ответственности, если докажет, что исполнение обязательства было абсолютно невозможным. Законодательство и судебная практика придерживаются известного принципа pacta sunt servanda (см., например, ст. 1134 ФГК). Судами не принимаются во внимание ссылки должника на изменения рыночных цен, технических условий, неисполнение обязательств контрагентами и на другие обстоятельства. затрудняющие либо обременяющие исполнение обязательства.

Еще более жесткие требования предъявляются к должнику, допустившему просрочку исполнения. При просрочке должник несет ответственность и за случайно наступившую просрочку исполнения. Иллюстрацией к сказанному может служить норма, содержащаяся в Гражданском кодексе Нидерландов: «Ответственность за любую невозможность исполнения обязательства, которая возникла во время просрочки должника и которую нельзя возложить на кредитора, возлагается на должника; он должен возместить ущерб, возникший в результате этого, если только кредитор не понес бы ущерб при надлежащем и своевременном исполнении» (ст. 84).

В отличие от правовых систем стран континентальной Европы, в англо-американском праве вина не является главным элементом ответственности за нарушение договорных обязательств. Степень или формы вины не имеют никакого значения в определении объема такой ответственности. «С точки зрения права абсолютно безразлично, совершено ли нарушение договора намеренно, по неосторожности или вообще без всякой вины со стороны лица, не исполнившего обязательство. Исключения из указанного прин-

ципа, которые весьма редко допускает судебная практика, не затрагивают основную часть коммерческого оборота. В тех случаях, когда вина все-таки учитывается при определении возмещения за нарушение договора, речь, скорее, может идти об ответственности, которая является следствием неправомерного действия (деликта), чем о нарушении договорного обязательства. Принцип, что вина не отражается на размере компенсации, которую должна уплатить нарушившая договор сторона, остается в целом незыблемым»'.

Законодательство США идет по пути не регулирования порядка применения различных форм вины к отдельным видам договорных обязательств, а установления оснований освобождения должника от ответственности за их неисполнение (в силу закона). Свидетельством тому являются некоторые положения ЕТК. В частности, в соответствии со ст. 2-613 коль скоро для исполнения договора требуется наличие товаров, индивидуализированных в момент заключения договора, и товарам причиняется ущерб без вины какой-либо из сторон до того, как риск случайной гибели или порчи товаров перешел на покупателя, либо если договор заключен на условиях «нет прибытия – нет продажи», то тогда: а) если погиб весь товар, договор утрачивает силу; б) если погибла часть товара или товары настолько повреждены, что они больше не соответствуют договору, покупатель может, тем не менее, требовать осмотра и по своему выбору либо считать договор утратившим силу, либо принять товары с соответствующей скидкой с договорной цены за ухудшение качества либо за уменьшение количества, однако при этом он теряет дальнейшие права требования против продавца. Согласно ст. 2-615, просрочка в поставке или непоставка всех либо части товаров продавцом не рассматривается как нарушение им своих обязанностей по договору продажи, если обусловленное исполнение стало неосуществимым вследствие непредвиденных обстоятельств, ненаступление

которых было основной предпосылкой заключения договора, или вследствие добросовестного выполнения предписаний применимого иностранного или отечественного правительственного акта, независимо от возможного последующего признания его недействительности.

Акты международного частного права также предпочитают воздерживаться от употребления понятия вины как категории, определяющей ответственность должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, в них превалируют нормы о конкретных основаниях освобождения должника от ответственности за нарушения договора. Так, Венская конвенция (ст. 79) устанавливает, что сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было

' Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 42.

вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий. При этом сторона, которая не исполняет своего обязательства, должна дать извещение другой стороне о препятствии и его влиянии на ее способность осуществить исполнение. Если это извещение не получено другой стороной в течение разумного срока после того, как об этом препятствии стало или должно было стать известно не исполняющей свое обязательство стороне, эта последняя сторона несет ответственность за убытки, являющиеся результатом того, что такое извещение получено не было.

Не используется понятие вины должника в неисполнении обязательства и в Принципах международных коммерческих договоров. Вместо этого ответственность должника, как и в Венской конвенции (ст. 74), ставится в зависимость от принципиальной предвидимости должником последствий неисполнения обязательства в момент заключения договора. В соответствии со ст. 7.4.4 Принципов неисполнившая сторона отвечает только за ущерб, который она предвидела или могла разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его неисполнения.

Вина по советскому гражданскому праву

В советской гражданско-правовой доктрине в последние десятилетия прочно утвердилось понятие вины как ГКихического отношения лица к своему противоправному поведению и его результату. Такой подход к понятию вины с разными вариациями можно встретить в работах самых различных правоведов, которые принципиально не сходились во взглядах и на менее значительные категории гражданского права, нежели вина.

Так, Г.К. Матвеев определяет вину как «ГКихическое отношение нарушителя социалистического гражданского правопорядка в форме умысла или неосторожности к своим противоправным действиям и их вредным последствиям»'. О.С. Иоффе пишет: «Под виной понимают ГКихическое отношение лица к совершаемому им противоправному действию или бездействию, а также к наступающим в связи с этим противоправным последствиям»2. Аналогичные точки зрения высказывались и другими авторами3.

! Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1955. С. 178. 2 Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 128.

См., например: Петров И.Н. Ответственность хозорганов за нарушения обязательств. М., 1974. С. 115-116; Рабинович Ф.Л. Вина как основание договорной ответственности предприятия. М., 1975. С. 32,

Самощенко И.С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 130-131.

Некоторые авторы при определении понятия вины избегали выражения «аина как ГКихическое отношение», оставаясь на цивилистических позициях. Например, по определению М.М. Агаркова, «виной называется умысел или неосторожность лица, обусловившие совершенное им противоправное действие»*; Л.А. Лунц утверждал: «Виной в гражданском праве... мы можем назвать умысел или неосторожность лица, поступившего противоправно и причинившего своим поступком вред другому лицу»2.

Б.И. Пугинский подчеркивал, что «вина должна пониматься не как акт сознания, а в качестве характеристики деятельности нарушителя в конкретных условиях ее осуществления»3.

Еще более определенным выглядит замечание Л.Н. Успенского о том, что «право имеет так же мало дела с ГКихическими переживаниями человека, как с физическими процессами природы... Праву нет дела до ГКихического процесса, и не о ГКихических переживаниях идет спор в суде»4.

Тем не менее в научно-практических комментариях ГК 1964 г., в том числе самых авторитетных, и в учебниках по гражданскому праву, включая изданные в последние годы, вина определяется именно как ГКихическое отношение нарушителя к своему поведению и его результату5.

Учитывая популярность концепции вины как ГКихического отношения нарушителя к своему поведению и его результату, а также ее доктринальное значение для советского гражданского права, несмотря на очевидную ее несовместимость, на наш взгляд, с общими представлениями цивилистики необходимо разобраться с сущностью этой концепции, а также с ее методологическими основами.

Наиболее яркий представитель определения понятия вины через ГКи-* хическое отношение нарушителя к своим действиям (бездействию) и их последствиям Г.К. Матвеев сетовал на чрезмерно осторожное обращение в цивилистике к термину «ГКихическое отношение» и объяснял это опасением отдельных авторов впасть в «ГКихологизм». Однако, по мнению Г.К. Матвеева, такое опасение «совершенно необоснованно, ибо в отрыве от исходных положений материалистической философии и советской ГКихологии о воле, сознании и поступках человека невозможно раскрыть содержание вины... Это не только воспринято, но и всесторонне раз-

Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 145

2 Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. С. 320.

3 Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственной деятельности. С. 150. 4Успенский Л.Н. Очерки по юридической технике. Ташкент, 1927. С. 88-89. 5 См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Брату-ся, О.Н. Садикова. М.э 1982. С. 266; Гражданское право: Учебник, В 2-х т. Т. 1. С.180.

вито во многих исследованиях, посвященных проблеме оснований гражданско-правовой ответственности: вина определяется как совершенно реальный ГКихологический процесс. И в этом отношении между определением понятия вины в советском гражданском и уголовном праве нет и не может быть, с нашей точки зрения, принципиальных расхождений»'.

Г.К. Матвеев подчеркивал, что, давая юридический анализ понятия вины в советском праве, нельзя отвлечься от политической оценки поведения лица, совершившего противоправное (а следовательно, и общественно опасное) действие. «Но субъективное отношение правонарушителя к совершенному

им действию (и его возможному результату), с одной стороны, и отрицательную оценку правонарушения в целом – с другой, – подчеркивает Г.К. Матвеев, " нельзя отрывать друг от друга. При решении вопроса об ответственности правонарушителя принимаются во внимание оба эти момента. Важно отметить, что момент оценки (осуждения) правонарушения проходит всегда двойную стадию: абстрактную, когда государство выражает свое отрицательное отношение к противоправному поступку а законе (например, к хулиганству или к причинению ущерба одним лицом другому), и конкретную, когда суд либо другой государственный орган осуждает определенное правонарушение, совершенное данным лицом. И закон, и суд, осуждая эти антиобщественные действия, подразумевают определенную ГКихическую связь их с лицом, совершившим эти действия; последние являются плодом его сознания и воли. Другими словами, виновными признаются всегда только противоправные действия»2.

О.С. Иоффе, напротив, полагал, что сознание противоправности не является обязательным элементом вины. Противоправное действие может быть совершено и при отсутствии вины. Но виновное правонарушение отличается от невиновного. В невиновном (случайном) причинении убытков воплощается объективное несоответствие совершенного поступка требованиям закона, такой поступок ущемляет интересы общества и отдельных его членов. Однако он не заключает в себе отрицательного отношения самого нарушителя к ущемленным интересам, так как нарушитель не знал, не мог и не должен был знать, что результат наступит. Когда же он действует виновно, противоправный акт совершается с определенных ГКихических позиций: нарушитель либо знает, что его действия вызовут ущемление общественных или чьих-либо личных интересов, либо мог и должен был знать и действительно знал бы об этом, если бы проявил должную заботу об ущемленных им интересах, а не выразил к ним полного или по крайней мере известного пренебрежения. «Следовательно, благодаря вине правонарушение

Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. С. 186. 'Там же. С. 186-187.

становится не просто неправомерным фактом, но и выражает определенное отрицательное отношение нарушителя к интересам социалистического общества или отдельного гражданина»'.

Значение вины как ГКихического отношения нарушителя к своему поведению и его результату О.С. Иоффе видел в обеспечении решения одной из основных задач гражданско-правовой ответственности, а именно: woe-питание советских людей в духе преданности... делу социализма, точного и неуклонного соблюдения законов, бережного отношения к социалистической собственности, дисциплины труда, честного отношения к общественному долгу, уважения к правилам социалистического общежития. В своей воспитательной функции, – подчеркивал О.С. Иоффе, – меры гражданско-правовой ответственности и обращаются в первую очередь против виновных – тех, кто, совершая правонарушение, знали либо могли и должны были знать, какие последствия способны вызвать их действия, но, пренебрегая общественными интересами, не отказались от таких действий»2. Значение вины О.С. Иоффе видел также в том, что благодаря признанию ее одним из условий ответственности, гражданин или коллектив граждан может уверенно развивать свою общественно полезную активность, не опасаясь ответственности за всякого рода случайности, не рискуя нести бремя последствий, предвидеть которые они не могли при самой высокой бдительности, поскольку «виновность предполагает осознание общественной значимости совершенных действий (или воздержания от них) и их результата. Нарушитель должен не просто осознавать естественную связь между своим поведением и возможными его последствиями, но и

понимать общественную природу этих фактов как противоречащих интересам общества и потому недопустимых с точки зрения принципов его организации. В противном случае он может быть признан причинителем убытков, но нет основарий упрекать его в отрицательном отношении к обществу, а следовательно, и признавать виновным»3.

Правда, в отличие от Г.К. Матвеева О.С. Иоффе, рассматривая, в частности, вопросы, связанные с различными формами вины, стремится примирить новоявленную концепцию ГКихического отношения нарушителя к своему поведению и его результату с традиционной цивилистикой. Такой подход он называет объективно-субъективным критерием вины, построенным на учете характера деятельности, конкретной обстановки, в которой она осуществляется, и индивидуальных особенностей самого деятеля4. О.С, Иоффе об-

* Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 128-129.

2 Там же. С. 129.

3 Там же. С. 130.

4 См. там же. С. 136.

ращает внимание на отличие понятия вины в уголовном и гражданском праве, которое состоит в том, что «вина в праве гражданском служит лишь основанием, но не мерой ответственности за убытки. Это означает, что для привлечения к ответственности нужна вина, но при ее наличии объем ответственности зависит уже не от степени (тяжести) вины, а от размера убытков»'.

Говоря о формах вины, О.С. Иоффе отмечает, что умысел включает элемент намеренности, а неосторожность – результат несоблюдения требований внимательности, заботливости и осмотрительности, соблюсти которые было необходимо для выполнения обязательства. При неосторожности отсутствует конкретное, но имеется абстрактное предвидение возможности вредных последствий. Но в то же время О.С. Иоффе полагает, что в случаях, когда данное конкретное лицо, обладая большим опытом и высокой квалификацией, могло бы соблюсти гораздо более высокие требования, и если оно этого не сделало, то, хотя не были нарушены обычно предъявляемые общие требования, его следует признать виновным. Напротив, при таких исключительных обстоятельствах, когда из-за неподготовленности нарушитель не мог соблюсти даже указанных общих требований, если саму эту неподготовленность нельзя поставить ему в вину, речь может идти об освобождении от ответственности2.

Более последовательной (конечно же с учетом особенностей советского периода) представляется позиция тех авторов, которые призывали при определении такой формы вины, как неосторожность, ограничиться объективным критерием, когда соответствующие требования предъявляются сообразно с обязательным для участников советского гражданского оборота общим масштабом поведения. Например, Х.И. Шварц и Л.А. Лунц говорили о требованиях, которые могут быть предъявлены к среднему участнику гражданского оборота3, а Н.С. Малеин, имея в виду юридических лиц, предлагал использовать такой критерий, как требования, выполнимые для передового предприятия4.

Компромиссный характер позиции О.С. Иоффе в отношении понятия вины проявился и в его оценке презумпции виновности должника в неис*-полнении или ненадлежащем исполнении обязательства. О.С. Иоффе объясняет положение закона (ст. 222 ГК 1964 г.) о том, что доказывание отсут-

Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 132. 2 См. там же. С. 132-134.

См.: Шварц Х.И. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. М„ 1939. С. 38.; Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. С. 327-328.

См.: Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях С. 74.

ствия вины возлагается на того, кто нарушил обязательство, следующим образом: «Истец обязан доказать, что понес убытки, вызванные поведением ответчика, иначе для предъявления иска не было бы вообще никаких оснований. Но нельзя требовать от истца представления доказательств по поводу ГКихических переживаний ответчика ~ относительно того, действовал ли он виновно или невиновно. При этой линии бремя доказывания переносится на ответчика, который, добиваясь отклонения предъявленного иска, должен

доказать свою невиновность»*.

Особо примечательна развернувшаяся в юридической литературе советского периода дискуссия по поводу понятия вины применительно к юридическим лицам. Именно здесь сознательно-волевая концепция понятия вины как ГКихического отношения нарушителя к своему поведению и его результату вызывала наибольшие сомнения. В работах советских правоведов высказывались самые различные позиции; от объяснений понятия вины юридического лица через «ГКихическое отношение» к допущенным нарушениям со стороны его работников или его органов до категорического неприятия концепции «ГКихического отношения» к ответственности юридического лица.

Как известно, А.В. Венедиктов определял юридическое лицо как «коллектив трудящихся, осуществляющий предусмотренные законом, административным актом или уставом задачи, имеющий урегулированную в том же порядке организацию, обладающий на том или ином праве и в той или иной мере обособленным имуществом и выступающий в гражданском обороте от своего имени в качестве самостоятельного (особого) носителя гражданских прав и обязанностей»2.

По утверждению С.Н. Братуся, правосубъектность юридического лица (и прежде всего такие ее признаки, как организационное единство и имущественная обособленность) проявляется вовне через его имущественную ответственность. Именно С.Н. Братусем в рамках учения о юридических лицах впервые был поставлен вопрос о соотношении коллективной и индивидуальной воль. При этом отмечалось, что воля и действия юридического лица состоят из воли и действий его органов. Однако воля и деятельность юридического лица не могут быть сведены к простой сумме воль и действий лиц, его составляющих, и лиц, им управляющих. Деятельность юридического лица хотя и складывается из индивидуальных волевых действий, но не сводится к ним механически. Она представляет собою новое качество, отличающееся от своих слагаемых3.

1 Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 138.

2 Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М., 1948. С, 667.

3 Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 15,151.

Представления о юридическом лице как о коллективе трудящихся, действующем вовне через свои органы, деятельность которого слагается из действий его участников (работников) и органов, однако же не сводится лишь к их сложению, а представляет собой новое качество, нечто самостоятельное, служили теоретической базой для выработки различных концепций вины юридического лица. ;:

К примеру, Т.К. Матвеев утверждал, что, «возлагая ответственность на юридическое лицо, суды и арбитражи имеют в виду его вину. ГКихологическим ее содержанием является порочная воля (и сознание) работников юридического лица в виде умысла или неосторожности. Однако, будучи выраженной в противоправных действиях (например, в поставке недоброкачественного товара или в причинении увечья), эта воля приобретает затем относительно самостоятельный и независимый характер и рассматривается как новое качество в виде субъективного (ГКихологического) отношения коллектива к своим противоправным действиям и их вредным последствиям»'. По пути к этому выводу Г.К. Матвеев делает ряд весьма примечательных заключений, на которые нельзя не обратить внимание. В частности, Г.К. Матвеев указывал, что, решая вопрос об ответственности юридических лиц, судебные и арбитражные органы не должны упускать из поля своего зрения субъективную сторону допущенных правонарушений, «т.е. субъективное отношение конкретных лиц к своим противоправным действиям и их вредным последствиям независимо от того, являются ли эти лица работниками органа юридического лица (его руководителями) либо рядовыми членами (рабочими и служащими) данной организации, учреждения, предприятия. Таким представляется принцип вины в отношении ответственности юридических лиц»2.

Говоря о вине юридического лица как о совокупности индивидуальных провинностей его органа и членов (участников), Г.К. Матвеев специально подчеркивал, что вина одного из них не обязательно должна быть связана во всех случаях с виной другого, и, более того, рассматривал три различные ситуации соотношения вины соответственно органа юридического лица и его работников (участников), когда: вина органа есть, но нет вины членов (участников) юридического лица; вины органа нет, но есть вина членов (участников) юридического лица; вина органа и вина члена (участника) юридического лица совпадают. Но самым парадоксальным выглядит вывод Г.К. Матвеева из анализа этих трех ситуаций: оказывается, что «юридическое лицо может быть признано невиновным только в том случае, если докажет невиновность своего органа и своих членов (участни-

' Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. С. 241, 2 Там же. С. 221.

ков), т.е. только тогда, когда будет установлено, что противоправное действие (бездействие) юридического лица и последовавший за ним ущерб явились результатом таких обстоятельств, которые ни орган, ни члены (участники) юридического лица предотвратить не моглю^?!)'.

Нельзя сказать, что изложенные здесь взгляды Г.К. Матвеева не встречали возражений со стороны некоторых авторов. Однако эти возражения зачастую лишь корректировали позиции, не затрагивая ее сути. Например, В.Т. Смирнов писал: «Говоря о воле коллектива, мы, естественно, отвлекаемся от индивидуальной воли его участников и не учитываем даже те случаи, когда воля индивидуума не согласуется с волей большинства коллектива. Но нельзя при этом забывать о процессе образования воли коллектива. Воля коллектива людей, чтобы стать их коллективной волей, должна быть согласована в своем единстве... Нет необходимости доказывать, что это может иметь место лишь при правомерной деятельности, но не при правонарушениях... Наоборот, деликт является, как правило, результатом противопоставления индивидуумом своей воли воле коллектива, членом которого он является, и воле советского народа (нашедшей свое закрепление в законе) в целом»2. Поэтому, заключает В.Т. Смирнов, «вина отдельных работников и вина юридического лица, по крайней мере в области де-ликтной ответственности, совпадают. Вина отдельного работника, допустившего упущение или неправльное действие при исполнении и в связи с исполнением своих служебных (трудовых) обязанностей, составляет вину юридического лица»3.

Напротив, по мнению О.С. Иоффе, поскольку «юридическое лицо -это организованный коллектив, обладающий коллективным сознанием и коллективной волей, то оно способно и к такому сознательно-волевому отношению, которое образует содержание вины. Вина юридического лица может выразиться в виновных действиях его работника, совершенных в связи с трудовыми функциями, она может быть также рассредоточена между различными подразделениями юридического лица, когда вина конкретного работника исключается. Но при всех условиях вина юридического лица – это вина не индивида, а коллектива, причем последующее полное или частичное переложение убытков, возмещенных юридическим лицом, на их конкретного виновника ничего в существе дела не меняет4.

' Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. С. 232. Смирнов В.Т. Обоснование деликтной ответственности юридических лиц. Проблемы гражданского и административного права. Л., 1962. С. 270-271.

3 Там же. С. 271.

4 Иоффе О.С. Указ. соч. С. 137.

М.М. Агарков полагал, что действия отдельных представителей работников и служащих юридических лиц не могут рассматриваться в качестве вины юридического лица. Он считал, что хотя юридические лица и отвечают перед другими за вину своих представителей, но отвечают в этом случае не как за «чужую» вину'. Аналогичных взглядов придерживались и некоторые другие авторы2.

Вместе с тем в юридической литературе советского периода можно встретить позиции, принципиально отличающиеся от ранее изложенных. Например, Л.И. Картужанским применительно к плановым договорам вовсе отрицалась необходимость доказывания вины юридического лица – должника. Он считал, что «всякое неисполнение договора, опосредствующего обязательства, всегда недопустимо, будет ли это неисполнение по объему, по сроку, по качеству и т.д. И потому право требовать возмещения не связано с доказыванием вины в положительном или отрицательном смысле»3.

Заслуживает внимания позиция правоведов, которые на практике занимались правоприменительной деятельностью. В частности, Г.С. Шапкина отмечает, что «обсуждение вопроса о вине юридического лица при невыполнении обязательства ведется, как правило, в плане того, могло ли предприятие обеспечить выполнение обязательства или не могло по обстоятельствам, которые оказались для него непредотвратимыми, несмотря на принятые меры»4. Б.И. Пугинский указывает на логическую непоследовательность вывода о том, что вина не может быть ничем иным, как ГКихическим отношением руководителей (коллектива, администрации) организаций -и граждан к своим ненадлежащим действиям и их возможным последствиям. «Нет спора о том, что при совершении неправомерных действий работники организаций, а также граждане осознают значение своих поступков и потому их поведение может быть квалифицировано как умышленное либо неосторожное. Однако такая самооценка, ее характер не играют никакой роли в применении ответственности... до ГКихического отношения должника к своим поступкам нет дела ни лицу, права и интересы которого нарушены, ни юрисдикционному органу, которому придется рассматривать иск. Изучение деятельности суда и арбитража по разрешению споров показывает,

См.: Агарков М.М. К вопросу о договорной ответственности // Вопросы советского гражданского права. М., 1945. С. 131.

См., например: Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М., 1966, С. 130.

Картужанский Л.И. Ответственность за неисполнение договора в социалистическом хозяйстве // Вестник Ленинградского университета. 1950. № 4. С. 105.

См.: Материалы научной конференции. «Новые гражданские и гражданские процессуальные кодексы союзных республик». С. 154-155.

что они не занимаются проверкой субъективного отношения граждан и работников организаций к допущенному нарушению»'.

На наш взгляд, концепция вины как ГКихического отношения нарушителя к своему поведению и его результату, несмотря на явную ее несовместимость с традиционной цивилистикой и практическую ее бесполезность, имела (и имеет сейчас!) столь широкое распространение в силу некоторых методологических причин, свойственных советскому периоду гражданского права.

Говоря о порочной методологии, породившей на свет концепцию вины как ГКихического отношения правонарушителя к своему поведению и его вредным последствиям, следует выделить два уровня причин ошибочного подхода с точки зрения методологии исследования понятия вины в гражданском праве: частно научный и глобальный.

Во-первых, появлению указанной концепции в немалой степени способствовало искусственное привнесение в цивилистику чуждых ей положений и методов исследования гражданско-правовых проблем из других наук и областей познания: материалистической философии, советской ГКихологии, уголовного права. Такой подход не скрывался, а, напротив, всячески пропагандировался сторонниками «ГКихологической» концепции вины. Например, тот же Г.К. Матвеев утверждает; «Подлинно научное истолкование этого юридического понятия (вины. -Авт.) немыслимо в отрыве от основ общественного, государственного и правового строя. Несмотря на то что вина есть правовое понятие, раскрыть его содержание невозможно при помощи одних юридических приемов, поскольку общеГКихологическими предпосылками понятия вины служат исходные философские положения о свободе воли и необходимости, об активной деятельности человека, направленной на изменение объективного мира, и т.п., которые в свою очередь могут быть уяснены лишь как исторические, т.е. применительно к условиям места и времени»2. В этом смысле примечательна уже сама постановка Г.К. Матвеевым задачи исследования вины как гражданско-правовой категории: «можно ли волю и сознание человека рассматривать как свободные от биологических процессов, происходящих в мозгу человека, и от объективных условий его жизни либо же его воля и сознание закономерно и необходимо обусловлены определенными материальными факторами, которые существуют независимо от воли и сознания и с помощью мозга получают лишь отражение в ГКихике человека? Наконец, как понимать само это отражение: как пассивный или, напротив, как активный творческий процесс? Поставив так вопрос, мы неизбежно обращаемся к

' Пугинский Б.И. Указ. соч. С. 150-151. 2 Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 174.

общефилософской проблеме необходимости и свободы воли, а в конечном счете к проблеме соотношения общественного бытия и сознания, материи и мышления»'.

Не отрицая общефилософского значения такой постановки задачи перед исследователем, все же зададим себе вопрос: какое все это имеет значение применительно к выяснению сущности

гражданско-правовой категории вины как одного из условий ответственности участника имущественного оборота, нарушившего субъективные гражданские права другого участника имущественного оборота, когда речь идет о возмещении убытков, причиненных таким нарушением, и восстановлении тем самым нарушенных прав? К каким выводам может прийти исследователь, поставивший перед собой такие задачи?

Несоответствие научных методов исследования его предмету при неуемном желании сделать значимые выводы, основанные на используемых методах, во многом предопределило ГКихологическую концепцию вины.

Еще большее значение в деле утверждения ГКихологической концепции вины имела рецепция – немудреное простое заимствование понятия вины из советской уголовно-правовой доктрины. На страницах своей книги Г.К. Матвеев многократно упрекает цивилистов в том, что они не проявляют усердия в совершенствовании и развитии категории состава правонарушения и его субъективной стороны – вины, и ставит в этом плане им в пример работы правоведов в области уголовного права. Показательный факт – в цивилистической работе Г.К. Матвеева количество ссылок на уго-ловно-правовые исследования едва ли не превышает число таких же ссылок на научные труды в области гражданского права! Да и s целом за научную основу исследования вины в гражданском праве Г.К. Матвеев принимает понятие уголовной вины, предложенное А.А. Пионтковским, который утверждал, что вина – это «умысел или неосторожность лица, выраженные в деянии, опасном для основ советского строя или социалистического правопорядка, и осуждаемые поэтому социалистическим законом и коммунистической нравственностью»2. Хотя уже из этого определения понятия уголовной вины очевидна его принципиальная неприемлемость для гражданского права: ведь главным в уголовной вине являются моменты, опасные для общества, а потому осуждаемые государством. И именно для определения степени опасности преступника для общества (и только для этого!) необходимо уяснение, каково же его ГКихическое отношение к совершенному преступлению и его последствиям. И как раз в этом смысле уголовная вина не имеет ничего общего с понятием вины в гражданском праве!

Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 177. 2 См. там же. С. 183-184.

Во-вторых, появление ГКихологической концепции гражданско-правовой вины было во многом предопределено господствовавшей в советском обществе идеологией. Ее воплощение применительно к гражданско-правовой вине в работе Г.К. Матвеева можно обнаружить во многих местах. Например, автор указывает, что «ГКихологическое объяснение понятия вины убедительно подтверждает сделанный ранее вывод о том, что вина есть понятие историческое, классовое. Каждый класс имеет свои представления о праве, нравственности, порождаемые определенными производственными отношениями. У каждого класса есть и свое собственное представление о вине как основании ответственности»'. Или в другом месте:

«Всякое виновное действие, наносящее вред социалистическому обществу и посягающее на его правопорядок, получает у нас не только правовое, но и моральное осуждение. Правовое и моральное осуждение не противоречат, а дополняют друг друга и сочетаются. Отсюда – противоправная вина является вместе с тем и моральной виной; виновный в нарушении советского закона виновен и в нарушении правил коммунистической нравственности»2

и т.п.

Влиянием той же агрессивной идеологии можно объяснить и игнорирование выработанных в ходе тысячелетнего развития традиционных циви-листических конструкций. Свидетельством тому может служить следующая фраза из работы Г.К, Матвеева: «Советское социалистическое право, не знающее деления на публичное и частное, призвано к защите общественного, политического и экономического строя социализма. Любые посягательства на этот строй, угрожающие интересам социалистического общества и его граждан, вызывают отрицательную санкцию со стороны Советского государства, его органов, в частности судебных и арбитражных»3.

Сразу же оговоримся, что цитируемые места в работе Г.К. Матвеева ни в коем случае не продиктованы желанием упрекнуть автора либо при-;

низить значение его исследования. Аналогичные подходы в той или мере присутствовали во многих трудах по гражданскому праву самых различных правоведов. Это было присуще (в гораздо большей степени, нежели цивилистике) и другим правовым, да и в целом гуманитарным дисциплинам.

Мы решились осветить методологические причины появления и широкого внедрения в цивилистику чуждой ей концепции вины как ГКихического отношения нарушителя к своему поведению и его результату, надеясь, что эта история послужит всем нам хорошим уроком и будет способст-

' Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 182.

2 Там же. С. 201.

3 Там же. С. 192.

вовать «избавлению от химер», очищению науки гражданского права. Ведь имеющая многовековую историю развития цивилистика, во всяком случае, заслуживает уважения и бережного к себе отношения.

Вина в современном российском гражданском праве

В гражданско-правовых отношениях (кроме обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности) сам по себе факт нарушения должником обязательств еще не означает, что у кредитора появляется право требовать возмещения причиненных этим убытков или применения к должнику иных мер ответственности.

Необходимым основанием ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства признается наличие вины лица, допустившего нарушение обязательства в форме умысла или неосторожности. Данное положение, как уже отмечалось, в прежние годы носило характер всеобщего обязательного условия гражданско-правовой ответственности (ст. 222 ГК 1964 г.). Однако затем сфера его применения была значительно сужена; наличие вины перестало служить необходимым основанием ответственности за нарушение обязательства при осуществлении предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 71 Основ гражданского законодательства 1991 г.). Такое отношение к наличию вины лица, допустившего нарушение обязательства, как необходимому основанию ответственности нашло отражение и g действующем ГК (ст. 401).

Понятие вины в гражданском праве также не остается неизменным. В ГК 1964 г. отсутствовало легальное определение этого понятия, а наука и практика» как известно, использовали одноименное понятие, раскрываемое в уголовном кодексе как ГКихическое отношение лица к своим действиям и к их результату в форме умысла и неосторожности с той лишь разницей, что в гражданском праве

форма вины является лишь основанием ответст-^ венности и поэтому не влияет на ее размер.

В Основах 1991 г. понятие вины раскрывалось через положение о том, что должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства (п. 1 ст. 71 Основ 1991 г.). Такой подход в принципе сохранен и в ГК с одним существенным уточнением: меры, которые надлежало принять лицу для надлежащего исполнения обязательства, теперь соотносятся с той степенью заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота.

Законом или договором могут быть предусмотрены иные условия (помимо вины) ответственности. Например, при просрочке должника он несет ответственность за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения (ст. 405 ГК), Основанием освобождения грузо-

отправителя от взыскания штрафа за непредъявление груза может служить авария на его предприятии, в результате которой было прекращено производство на срок не менее трех суток (ст. 145 УЖД), в то же время железная дорога может быть освобождена от ответственности за неподачу вагонов в случае запрещения и прекращения или ограничения погрузки грузов, в том числе по причине крушений и аварий поездов (ст. 146 УЖД). Очевидно, что и в первом, и во втором случае не исключена вина соответственно грузоотправителя и железной дороги.

Бремя доказывания отсутствия своей вины в случаях, когда наличие вины является необходимым основанием ответственности, возлагается на лицо, допустившее нарушение обязательства. Данное положение раскрывает суть принципа презумпции вины должника в гражданско-правовом обязательстве. Однако это не освобождает кредитора, предъявившего требование к должнику, если их спор рассматривается в суде, от необходимости доказать факт нарушения должником обязательства и в соответствующих случаях наличие убытков.

Особенности ответственности лица, не исполнившего или исполнившего ненадлежащим образом обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, состоят в том, что основанием освобождения его от ответственности за допущенное нарушение обязательства может служить лишь невозможность его исполнения вследствие непреодолимой силы. Понятие «непреодолимая сила» определяется как чрезвычайные и непреодолимые при данных условиях обстоятельства. К таким обстоятельствам могут быть отнесены различные исключительные и объективно непреодолимые (в соответствующей ситуации) события и явления; наводнение, землетрясение, снежные завалы и иные подобные природные катаклизмы, военные действия, эпидемии и т.п. Напротив, не могут рассматриваться в качестве непреодолимой силы обстоятельства, не обладающие признаками исключительности и объективной непредотвратимости при данных условиях, к примеру отсутствие денежных средств для оплаты товаров при наличии дебиторской задолженности, нарушение контрагентами договорных обязательств по поставке сырья, материалов, комплектующих изделий и т.п.

Законом или договором могут быть предусмотрены иные основания ответственности или освобождения от нее и в случае, когда допущено нарушение обязательства при осуществлении предпринимательской деятельности. Однако во всех случаях не допускается заключение заранее соглашения об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства. Такое соглашение признается ничтожной сделкой.

С учетом изложенного участникам имущественного оборота всякий раз при заключении договоров,

возлагающих на них обязательства, связанные с предпринимательской деятельностью, целесообразно предусматривать в них условия, детально регламентирующие ответственность контрагентов за неисполнение договорных обязательств, включая условия об основаниях освобождения от ответственности. В противном случае они могут столкнуться с ситуацией, когда придется нести очень жесткую ответственность, несмотря на очевидность факта отсутствия вины в неисполнении или ненадлежащем исполнении условий договора.

Следует обратить внимание на то, что правило о единственном основании освобождения от ответственности лица, не исполнившего или ненадлежащим образом исполнившего обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, – непреодолимой силе, т.е. об ответственности этой категории должников без учета их вины, является оригинальным по сравнению не Только с российской дореволюционной гражданско-правовой доктриной, но и с современным законодательством стран континентальной Европы. В нем получила логически завершенное воплощение идея освобождения должника, нарушившего обязательство, от ответственности лишь в случае абсолютной невозможности исполнить обязательство. Однако при этом необходимо учитывать ряд важных и с теоретической, и с практической точек зрения моментов. Во-первых, фраза «если докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы» означает, что в круг доказывания должником, стремящимся быть освобожденным от ответственности, входит то обстоятельство, что невозможность исполнения обязательства возникла исключительно в силу действия непреодолимой силы. Если неблагоприятные последствия, вызванные непреодолимой силой, стали возможными также по причинам, зависящим от действий должника, не проявившего ту степень заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, должник не может быть освобожден от ответственности.

Во-вторых, к числу чрезвычайных и непредотвратимых обстоятельств Кодекс не относит отсутствие у должника денежных средств, т.е. действие непреодолимой силы не может служить основанием освобождения должника по денежному обязательству, ибо деньги всегда находятся в обращении. И если сегодня должник оказался без денег, в том числе и по причинам, связанным с действием непреодолимой силы, завтра деньги у него снова могут появиться. Освобождение же должника, скажем, не оплатившего переданные контрагентом товары, выполненные работы или оказанные услуги или не возвратившего сумму займа, от возмещения причиненных

кредитору убытков в этой ситуации может привести к неосновательному обогащению должника за счет кредитора,

В-третьих, общее правило об освобождении должника, не исполнившего или ненадлежащим образом исполнившего обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, только в случае, если надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, допускает исключения, которые могут устанавливаться законом. В самом Гражданском кодексе Российской Федерации применительно к отдельным видам договорных обязательств определены иные правила ответственности должника, не исполнившего обязательство, которые являются более снисходительными для последнего и учитывают специфику соответствующих обязательств. Например, по договору контрактации производитель сельскохозяйственной продукции, не исполнивший обязательство либо исполнивший ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (ст. 538). По договору энергоснабжения в случае, если в результате регулирования

режима потребления энергии, осуществленного на основании закона или иных правовых актов, допущен перерыв в подаче энергии абоненту, энергоснабжающая организация несет ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств при наличии ее вины (ст. 547). Ссудодатель по договору безвозмездного пользования отвечает за недостатки вещи, которые он умышленно или по грубой неосторожности не оговорил при заключении договора (п. 1 ст. 693); ссудодатель отвечает также за вред, причиненный третьему лицу в результате использования вещи, если не докажет, что вред причинен вследствие умысла или грубой неосторожности ссудополучателя или лица, у которого эта вещь оказалась с согласия ссудодателя (ст. 697). По договору на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ исполнитель несет ответственность за нарушение обязательств, если не докажет, что такое нарушение произошло не по вине исполнителя (п. 1 ст. 777).

Целый ряд специальных правил, исключающих действие общего правила об ответственности по предпринимательскому обязательству, предусмотрен нормами ГК, регулирующими договор перевозки. В частности, перевозчик и отправитель груза освобождаются от ответственности в случае неподачи транспортных средств либо неиспользования поданных транспортных средств, если это произошло вследствие не только непреодолимой силы, но и иных явлений стихийного характера и военных действий;

прекращения или ограничения перевозки грузов в определенных направлениях; в иных случаях, предусмотренных транспортными уставами и кодексами (п. 2 ст. 794), В соответствии со ст. 795 ГК за задержку отправления

транспортного средства, перевозящего пассажира, или опоздание прибытия в пункт назначения перевозчик уплачивает пассажиру штраф, если не докажет, что задержка или опоздание имели место вследствие не только непреодолимой силы, но и устранения неисправности транспортных средств, угрожающих жизни и здоровью пассажиров, или иных обстоятельств, не зависящих от перевозчика. Перевозчик несет ответственность за несохранность груза или багажа, происшедшую после принятия его к перевозке до выдачи грузополучателю, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение (порча) груза или багажа произошли вследствие обстоятельств, которые перевозчик не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело (п. 1 ст. 796).

Особые правила предусмотрены в ГК в отношении ответственности хранителя по договору хранения за утрату, недостачу или повреждение принятых на хранение вещей после того, как наступила обязанность покла-жедателя взять эти вещи обратно. В этом случае хранитель отвечает лишь при наличии с его стороны умысла или грубой неосторожности. Профессиональный хранитель освобождается от ответственности за несохранность принятых на хранение вещей, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение произошли вследствие непреодолимой силы либо из-за свойств вещи, о которых хранитель, принимая ее на хранение, не знал и не должен был знать, либо в результате умысла или грубой неосторожности поклажедателя (ст. 901).

По договору комиссии комиссионер не отвечает перед комитентом за неисполнение третьим лицом сделки, заключенной с ним за счет комитента, кроме случаев, когда комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе этого лица либо принял на себя ручательство за исполнение сделки (п. 1 ст. 993).

В соответствии со ст. 1022 (п. 1) ГК по договору доверительного управления доверительный управляющий, не проявивший должной заботливости об интересах выгодоприобретателя или

учредителя управления, возмещает выгодоприобретателю упущенную выгоду за время доверительного управления имуществом, а учредителю управления – убытки, причиненные утратой или повреждением имущества, с учетом его естественного износа, а также упущенную выгоду. Доверительный управляющий несет ответственность за причиненные убытки, если не докажет, что эти убытки произошли вследствие непреодолимой силы либо действий выгодоприобретателя или учредителя управления.

В-четвертых, норма ГК, устанавливающая общее правило, согласно которому лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, не-

сет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, является диспозитив-ной: иное может быть предусмотрено договором.

Что может означать диспозитивность указанной нормы, содержащейся в п. 3 ст. 401 ГК? Как известно, легальное определение диапозитивной нормы дано самим ГК: «В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой» (ст. 421). Что прозойдет, если стороны в предпринимательском обязательстве включат в договор условие о том, что к их отношениям не применяются положения, содержащиеся в п. 4 ст. 401 ГК или в целом во всех пунктах ст. 401? Могут ли стороны определить в договоре, что в случае неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательства должник не несет ответственности?

Анализ текста ст. 401 ГК подсказывает, что если действие ее норм парализовано договором путем указания в нем, что положения данной статьи не подлежат применению к договорным отношениям сторон, должник будет нести ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства абсолютно во всех ситуациях, в том числе и при невозможности исполнения обязательства вследствие непреодолимой силы либо иных обстоятельств, не зависящих от должника (случай). Иными словами, это будет означать ужесточение ответственности, доведение ее до максимального уровня. Представляется, что такой вариант не противоречит законодательству.

На первый взгляд не будет противоречить законодательству также условие договора, освобождающее должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, за исключением конечно же случая, когда стороны договариваются заранее об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства:

п. 4 ст. 401 объявляет такого рода соглашения ничтожными. Во всяком случае, положение о том, что иное, нежели общее, правило, предусматривающее единственным основанием освобождения должника от ответственности по предпринимательскому обязательству непреодолимую силу, может быть предусмотрено договором, дает основания для подобного рассуждения.

Представляется, однако, что в данном случае существуют некие общие пределы волеизъявлению сторон. Во-первых, это нормы – принципы, определяющие основные начала гражданского законодательства, к числу которых относится и обеспечение восстановления нарушенных прав и судебной

защиты (п. 1 ст. 1 ГК). Во-вторых, право на защиту нарушенного права само является субъективным гражданским правом, и в этом смысле его осуществление подчиняется правилам, предусмотренным ст. 9 ГК, и в частности ее п. 2, согласно которому отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом (но не договором!). В-третьих, безусловным препятствием для включения в договор условия об освобождении должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства служит императивная норма об обязанности должника возместить кредитору убытки, причиненные нарушением обязательства (п. 1 ст. 393 ГК).

Таким образом, стороны, заключая договор, вправе предусматривать в нем условия об уменьшении убытков, о дополнительных основаниях освобождения должника от ответственности при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства, но не о полном освобождении его от ответственности за нарушение договора.

Кстати сказать, арбитражно-судебная практика свидетельствует о том, что при заключении договоров стороны предпочитают расширять состав форс-мажорных обстоятельств вместо формулирования дополнительных (помимо форс-мажора) оснований освобождения от ответственности. При этом не учитывается, что Кодекс содержит четкое определение непреодолимой силы: чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях обстоятельство – и, следовательно, не допускает расширительного толкования. Но даже в тех случаях, когда такое препятствие для расширения состава форс-мажорных обстоятельств отсутствует, к примеру если речь идет о внешнеторговом контракте, по которому применимым признано иностранное право, такой способ определения дополнительных оснований может повлечь для сторон негативные последствия. Так, проведенный М.Г. Розен-бергом анализ материалов дел, рассмотренных Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС), показал, что «при формулировании условия об обстоятельствах, освобождающих от ответственности (так называемых «форс-мажорных оговорок»), нередко не учитывались последствия той или иной формулировки, что приводило к снижению или повышению имущественной ответственности соответствующей стороны контракта. Например, при включении в контракт оговорки, предусматривающей конкретный перечень обстоятельств, наступление которых освобождает от ответственности при нарушении обязательства, арбитраж принимал решения о взыскании со стороны убытков, явившихся следствием обстоятельств, находившихся вне ее контроля, если они не были предусмотрены перечнем, содержавшимся в

контракте»'. Данный пример свидетельствует о необходимости четкого формулирования договорного условия о дополнительных (к форс-мажорным) обстоятельствах, освобождающих от ответственности, которое не оставляло бы места для иного его толкования.

Как видим, Кодекс оперирует понятиями, характеризующими различные формы вины: «умысел», «неосторожность», «грубая неосторожность», «неосмотрительность», «не знал и не должен был знать», «обстоятельства, которые должник не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело».

Анализ всех норм ГК, как предусматривающих общие положения об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, так и устанавливающих меры ответственности, подлежащие применению за различные нарушения конкретных видов обязательств, позволяет сделать вывод о том, что российское гражданское право исходит из наличия трех форм

вины: умысла, неосторожности и грубой неосторожности.

Умышленная вина заключается в намеренных действиях либо бездействии должника с целью неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства либо создания невозможности его исполнения.

Вина должника в форме неосторожности наличествует в тех случаях, когда должник при исполнении обязательства не проявляет ту степень заботливости и осмотрительности, какая требовалась от него по характеру обязательства и условиям оборота, и в результате с его стороны не приняты все надлежащие меры для надлежащего исполнения обязательства.

В качестве критерия выделения такой формы вины, как грубая неосторожность, можно признать непроявление должником той минимальной степени заботливости и осмотрительности, какую можно было бы ожидать от всякого участника имущественного оборота, окажись он на месте должника, и непринятие должником очевидных (хотя бы элементарных) мер в целях надлежащего исполнения обязательств.

Вину в форме грубой неосторожности практически невозможно отличить от умышленной вины. Во всяком случае ни кредитор, ни суд не в состоянии определить, имел ли должник изначальное намерение не исполнить обязательство или исполнить его ненадлежащим образом либо создать невозможность его исполнения. Поэтому законодатель не случайно ни в одной из норм ГК не предусмотрел в качестве условия ответственности за нарушение обязательства вину должника исключительно в форме умысла. Если законодатель считает необходимым сузить ответственность должника за нарушение тех или иных конкретных обязательств, он устанавливает в

' Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. С- 8.

качестве необходимого условия ответственности вину в форме умысла или грубой неосторожности. Тем самым законодатель не исключает (но никогда не выдвигает в качестве необходимого условия!) изначальное намерение должника нарушить обязательство либо создать невозможность его исполнения.

Для оценки вины должника не имеют никакого правового значений индивидуальные качества должника и тем более его «ГКихические переживания» в связи с совершенным им правонарушением. Вместо этого используется абстрактная модель ожидаемого поведения в той или иной ситуаций разумного и добросовестного участника имущественного оборота.

Обстоятельства, влияющие на ответственность должника

Поскольку по общему правилу должник, не исполнивший обязательства либо исполнивший его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), отсутствие вины является обстоятельством, освобождающим должника от ответственности за нарушение обязательства. Естественно, данное положение должно применяться с учетом того, что бремя доказывания отсутствия вины возложено на самого должника.

Возникает вопрос; что должен доказать в данном случае должник? В чем должна отсутствовать его вина, чтобы у суда были основания освободить его от ответственности?

На наш взгляд, мы, вслед за российскими дореволюционными цивилистами, должны признать, что в случае, когда должник не исполняет обязательства, несмотря на то что имеет возможность его

исполнить, его вина явствует сама собою. И в этом смысле с точки зрения права не имеет значения, имел ли должник намерение причинить кредитору убытки либо просто не проявил диктуемую имущественным оборотом степень заботливости и осмотрительности и в результате не принял мер, необходимых для исполнения обязательства надлежащим образом.

Вопрос о вине должника (или, напротив, о его невиновности) возникает лишь тогда, когда речь идет о невозможности исполнения обязательства, что в первую очередь и должен доказать должник. Итак, первым предметом доказывания со стороны должника, стремящегося освободиться от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, является наличие обстоятельств, свидетельствующих о невозможности исполнения обязательства надлежащим образом. В качестве таковых закон как общее правило признает действие внешних, не зависящих от должника сил, которые по цивилистической традиции именуются случайными обстоятельствами (casus).

В римском праве «случай» есть техническое выражение для обозначения гибели или повреждения вещи, происшедших без вины должника. «По общему правилу... casus a nullo praestantur – за случай никто не отвечаете'.

Российские дореволюционные юристы признавали случайным «обстоятельство непредвидимое и непредотвратимое при применении обязательной для должника внимательности, хотя бы оно могло быть предвидено и предотвращено, если бы должник отнесся к своему обязательству с большею внимательностью, нежели та, к которой он был обязан»2. Такой подход позволял отграничить случай от непреодолимой силы (форс-мажор), что имело серьезное практическое значение хотя бы потому, что в отдельных случаях, согласно действовавшему тогда законодательству, должник (например, железная дорога или пароходная компания) отвечал не только за вину, но и за случай3. Кроме того, как отмечал Анненков, «закон вообще допускает у нас соглашения о принятии на себя страха или, все равно, ответственности именно за случай»4. Правда, по вопросу об ответственности без вины (т.е. за случай) среди российских цивилистов не было единства во взглядах. Например, Мейер не отрицал такую возможность и, более того, высказывался за допустимость перенесения риска соглашением сторон с одной стороны обязательства на другую5. Напротив, Шершеневич категорически отрицал ответственность без вины: «Не ясно ли, что закон разрешает случайное столкновение интересов не на почве правонарушения, а путем принудительного страхования от несчастных случаев, возлагает убытки не на виновного, а на случайного причинителя. ...Согласуется ли ответственность без вины с основными началами современного строя -• это вопрос, на который может быть только отрицательный ответ»6.

Современное российское гражданское законодательство, и в первую очередь ГК, обнаруживает отчетливую тенденцию к усилению ответственности за нарушение обязательств, хотя почти все правила об ответственности остаются диспозитивными и применяются, если законом или договором не предусмотрено иное. Указанную тенденцию отмечают известные правоведы, принимавшие непосредственное участие в подготовке проекта Кодекса, А.Л. Маковский и С.А. Хохлов, которые видят проявление этой тенденции в том, что, «сохраняя в качестве общего правила ответственность за виновное нарушение обязательства (по умыслу или неосторожности), Ко-

' Римское частное право. Учебник. С. 353.

2 Граязданское Уложение: Проект. Том второй. С. 244.

3 См.: Анненков К. Система русского гражданского права. С. 149.

4 Там же. С. 150.

5 См. там же.

6 Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. С. 276.

деке вводит объективный критерий невиновности (п. 1 ст. 401). Для предпринимателей же установлена более строгая ответственность: от нее предприниматель может быть освобожден, только если докажет, что нарушение обязательства вызвано непреодолимой силой (п. 3 ст. 401)»'.

Помимо общего правила о безвиновной ответственности должника по обязательству, связанному с осуществлением предпринимательской деятельности, в ГК наличествует целый ряд правил, как общих, так и специальных, регулирующих отдельные виды договорных обязательств, которые устанавливают ответственность должника не только за вину, но и за случай.

Из общих правил можно было бы отметить, прежде всего, положения о просрочке должника. В соответствии с п. 1 ст. 405 ГК должник, просрочивший исполнение, отвечает перед кредитором за убытки, причиненные просрочкой, и за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения.

Под просрочкой должника понимается несовершение им действий, обеспечивающих исполнение обязательства в установленный срок. Просрочка должника имеет место, в частности, в таких ситуациях: должник по денежному обязательству (покупатель по договору купли-продажи, заказчик по договору подряда и т.п.) не дал распоряжение банку, в котором or-' крыт его расчетный счет, о бесспорном списании средств с его счета по платежному требованию контрагента по договору, хотя в соответствии с этим договором расчеты за переданные товары или выполненные работы осуществляются путем списания средств со счета плательщика. В результате кредитор (контрагент по договору), выставив счет, не получил оплату переданных товаров или выполненной им работы в срок, установленный договором; поставщик своевременно не заказал вагоны и не обеспечил отгрузку товаров покупателю, а впоследствии было закрыто движение поездов в соответствующем направлении и т.п.

Юридические последствия просрочки заключаются не только в том, что должник обязан возместить кредитору убытки, вызванные просрочкой, но и в том, что он также отвечает перед кредитором за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения обязательства.

Невозможность исполнения, т.е. невозможность для должника совершить предусмотренные обязательством действия, направленные на его выполнение, которая наступила не по его вине, по общему правилу является основанием прекращения обязательства, но только в том случае, если она

См.: Гражданское законодательство России; Гражданский кодекс Российской Федерации. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик. Гражданский кодекс РСФСР. Вводный комментарий, алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 41.

имела место вследствие обстоятельств, за которое ни одна из сторон не отвечает (п. 1 ст. 416 ГК). Таким образом, если случайно наступившая невозможность исполнения (без вины должника) имела место во время просрочки должника, должник несет ответственность перед кредитором, и с учетом этого обстоятельства обязательство не может быть признано прекращенным.

Кредитор же вправе отказаться от принятия исполнения, если исполнение обязательства в результате просрочки должника утратило для него интерес. Это положение также является исключением из общего правила, согласно которому односторонний отказ от исполнения обязательства либо одностороннее изменение его условий не допускаются (ст. 310 ГК). Необходимость такого исключения очевидна в случаях, когда существо обязательства должника, например, состоит в доставке кредитору партии елок в срок до 31 декабря либо подарка ко дню рождения.

К числу общих положений, допускающих безвиновную ответственность, следует отнести также норму об ответственности должника за действия третьих лиц. Согласно ст. 403 ГК, должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение, если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо.

В юридической литературе советского периода ответственность должника за действия третьих лиц нередко рассматривалась как ответственность за «чужую» вину. Так, предусмотренная законом ответственность основного должника за действия третьих лиц («непосредственных исполнителей»), не исполнивших «чужой» договор, по мнению Г.К. Матвеева, «совсем не означает, что вина этих лиц может быть приравнена к вине самого юридического лица. Ответственность юридического лица здесь правильнее рассматривать как ответственность за «чужую» вину. «Чужой» для данного юридического лица эта вина будет потому, что действия «субдолжника» не входят в сферу непосредственной деятельности данного юридического лица»'.

С этой позицией категорически не соглашается Н.С. Малеин, который считает, что возложение на должника ответственности за третьих лиц -«это возложение обязанности без вины, ибо о вине невозможно говорить иначе как о собственной вине, не впадая в противоречие с самим понятием вины»2. Однако, давая в общем-то правильную оценку природе отношений, складывающихся при применении к должнику ответственности за действия третьих лиц, Н.С, Малеин призывает вовсе отказаться от такой «безвинов

' Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 227. 2 Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. С. 29-30.

ной» ответственности, а вопрос компенсации материального ущерба при невиновном неисполнении обязательства решать на основе «распределения случайных убытков» за счет их локализации на стороне должника либо кредитора либо «за счет народного хозяйства в целом или специальных фондов (метод страхования)»1.

М.М. Агарков, напротив, упрекал противников принципа вины, которые «закрывают глаза на то, что ответственность должника за чужую вину есть все же ответственность за вину, хоть и не за вину самого должника»2. Эту позицию в категорической форме поддерживает и О.С. Иоффе, который утверждает, что «ответственность за чужую вину не только не отступает от принципа ответственности за вину, а, наоборот, единственно способна обеспечить доведение юридических санкций до непосредственного виновника нарушения. При взыскании возмещения с невиновного должника или кредитора нет собственно ответственности, а используется лишь юридико-технический прием, побуждающий того участника обязательства, который единственно на это управомочен, переложить возмещение уже в порядке подлинной ответственности на действительного виновника убытков»3.

Кстати сказать, дореволюционные российские цивилисты также считали, что в подобных ситуациях должник отвечает за вину третьих лиц. В материалах Редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского Уложения по этому поводу имеется следующее замечание: «Указывать в ст. 1653 (где помещена норма об ответственности должника за действия третьих лиц. – Примеч. авторов), что должник отвечает не за все вообще действия, а лишь за вину исполнителей его поручения, является излишним, ибо очевидно, что ст. 1653 не имеет целью в данном случае изменять общие условия ответственности в случае неисполнения обязательства»4.

Позволим себе, однако, не согласиться с позицией авторов, рассматривающих ответственность должника за неисполнение обязательства, возложенного им на третьих лиц, в качестве ответственности за чужую вину. На наш взгляд, правоведам советского периода, отстаивающим концепцию ответственности должника за чужую вину, было свойственно стремление во что бы то ни стало довести цепочку ответственности до непосредственного виновника – третьего лица, на которого было возложено исполнение обязательства, при этом вовсе не принимались во внимание интересы кредитора, Напротив, российские дореволюционные цивилисты именно права и интересы кредитора (верителя) ставили во главу угла. «Между верителем и та-

Малеин Н. С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. С. 32,43. ' Лгарков М.М. Указ. соч. С. 131. ' Иоффе О.С. Указ. соч. С. 144-145.

Гражданское Уложение: Проект. Том«гор@й. С; 248.

ким посторонним лицом (на которое возложено исполнение обязательства. -Примеч. авторов) никакого отношения не существует, лицо это, не будучи обязано к чему-либо по отношению к верителю, как и всякое другое постороннее лицо, не может, строго говоря, нарушить права его по тому обязательству. С другой стороны, верителю нет дела до того, предполагает ли должник исполнить обязательство лично или употребить для того посторонних исполнителей, следовательно, и права верителя не могут быть поставлены в зависимость от принятия должником того или другого порядка исполнения»'.

Если продолжить ход данного рассуждения, то мы неминуемо должны прийти к выводу о том, что коли третье лицо, на которое возложено должником исполнение обязательства перед кредитором, как и всякое постороннее лицо, не будучи обязанным по отношению к последнему, не может в принципе нарушить права кредитора по этому обязательству, обстоятельства, свидетельствующие о наличии либо отсутствии его вины, a priori не могут быть предметом обсуждения при решении вопроса об ответственности должника за нарушение соответствующего обязательства. Важное значение имеет и то обстоятельство, что всякий разумный и добросовестный участник имущественного оборота, возлагая исполнение своего обязательства на третьих лиц, должен предвидеть в качестве возможного последствия такого шага возможность его неисполнения или ненадлежащего исполнения и, может быть, застраховать свой риск ответственности перед кредитором.

Таким образом, возлагая исполнение своего обязательства на третьих лиц, должник принимает на себя обязанность отвечать за его нарушение без учета обстоятельств, свидетельствующих об отсутствии вины должника в неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства. Тем более что, как известно, кредитор не вправе отказать в принятии исполнения обязательства, предложенного за должника третьим лицом, на которое возложено такое исполнение (ст. 313 ГК).

Дореволюционные российские цивилисты не различали ответственность должника, возложившего

исполнение своего обязательства на постороннее лицо, от его же ответственности за действия своих представителей, в том числе рабочих и служащих. Действующее же сегодня гражданское законодательство выделяет специальные положения об ответственности должника за действия своих работников. Согласно ст. 402 ГК, действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника. Должник отвечает за эти действия, если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

' Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 248.

В отличие от ответственности должника за действия третьих лиц, на которых он возложил исполнение обязательства, при применении к должнику ответственности за действия его работников по исполнению его обязательства общие условия ответственности не затрагиваются.

Обстоятельства, о которых шел разговор ранее: неисполнение или ненадлежащее исполнение должником обязательства, связанного с осуществлением предпринимательской деятельности; «безвиновная» ответственность должника за действия третьих лиц, на которых он возложил исполнение своего обязательства, -- ужесточают ответственность против общего правила об ответственности должника за неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательства при наличии вины.

Вместе с тем гражданское законодательство дает нам также примеры обстоятельств другого рода. наличие которых влияет на ответственность должника по обязательству в сторону, напротив, ее уменьшения. К числу таковых в первую очередь следует отнести вину кредитора (ст. 404 ГК).

Размер ответственности должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства может быть уменьшен судом, если нарушение обязательств имело место по вине обеих сторон. Вина кредитора может состоять, к примеру, в ненадлежащем исполнении им своих обязательств, что послужило препятствием для должника в исполнении обязательств надлежащим образом. Наиболее характерным примером является ситуация, когда в соответствии с договором на должника возложено встречное исполнение обязательств, которое обусловлено исполнением своих обязательств кредитором. В этом случае должнику предоставлено право приостановить исполнение своих обязательств в части, соответствующей непредоставленному кредитором исполнению (ст. 328 ГК). Поэтому размер ответственности должника за ненадлежащее исполнение обязательств в подобных ситуациях должен определяться с учетом вины кредитора.

Основанием к уменьшению размера ответственности должника могут служить также умышленные либо неосторожные действия кредитора, способствующие увеличению размера убытков, причиненных нарушением обязательств. Например, покупатель, не получив от продавца товары в установленный договором срок, приобретает аналогичные товары у другого Продавца по цене, значительно превышающей цены, взимаемые за такие товары при сравнимых обязательствах, располагая реальной возможностью купить соответствующие товары, уплатив за них нормальную цену. В этом случае убытки, связанные с приобретением покупателем товаров, не переданных продавцом, в виде разницы между уплаченной и среднерыночной Ценой не должны возмещаться должником.

'Основанием к уменьшению ответственности должника может послужить также непринятие кредитором разумных мер по уменьшению ожидаемых убытков. Разумные меры к уменьшению убытков, которые надлежит предпринять кредитору в случае неисполнения либо ненадлежащего

исполнения должником обязательств, могут вытекать как из закона, иного правового акта, так и из обычаев делового оборота либо определяться обычно предъявляемыми требованиями. К примеру, покупатель, не получивший от поставщика сырье и материалы в соответствующий период поставки, не воспользовался имевшейся возможностью для приобретения соответствующего сырья и материалов на рынке, но затем предъявляет поставщику требование о взыскании упущенной выгоды в виде неполученной прибыли в связи с тем, что в соответствующий период он не произвел и не реализовал продукцию. В этом случае при определении размера убытков суд должен учитывать непринятие покупателем разумных мер к их уменьшению.

Вина кредитора должна учитываться судом и в тех случаях, когда должник отвечает за нарушение своих обязательств независимо от своей вины. Иллюстрацией к данному положению могут служить некоторые нормы об ответственности по деликтным обязательствам. В частности, владелец источника повышенной опасности отвечает за причиненный им вред независимо от его вины. Однако он может быть освобожден от возмещения вреда полностью или частично, если докажет, что вред причинен вследствие умысла потерпевшего (ст. 1079 ГК). Аналогичные примеры можно найти и в законоположениях об ответственности по договорным обязательствам. Таким примером может служить, в частности, норма об ответственности профессионального хранителя по договору хранения: последний освобождается от ответственности за несохранность принятых на хранение вещей, если докажет, что утрата, недостача или повреждение произошли в том числе из-за свойств вещи, о которых хранитель, принимая ее на хранение, не знал или не должен был знать, либо в результате умысла или грубой неосторожности поклажедателя (п. 2 ст. 901 ГК).

Другим существенным обстоятельством, которое может служить основанием к уменьшению ответственности должника за неисполнение или не^ надлежащее исполнение обязательства вплоть до полного освобождения должника от ответственности, в соответствии с действующим гражданским законодательством признается просрочка кредитора (ст. 406 ГК).

Просрочка кредитора имеет место в случаях, когда:

- во-первых, должник предложил кредитору надлежащее исполнение обязательства, однако последний отказался его принять;

- во-вторых, кредитор не совершил необходимых действий по обеспечению принятия исполнения обязательства от должника, без которых ис

полнение обязательства для должника оказалось невозможным. Действия, которые должен совершить кредитор для принятия от должника исполнения его обязательства могут быть предусмотрены законом, иными правовыми актами или договором либо вытекать из обычаев делового оборота или из существа обязательства. Например, если поставщик обязан отгрузить товары не покупателю по договору, а получателю, покупатель должен выслать поставщику отгрузочные разнарядки, содержание которых, порядок и сроки их высылки определяются в договоре. Непредставление покупателем разнарядок в установленный договором срок дает право поставщик ку перенести срок поставки товаров на следующий период либо потребовать от покупателя оплаты стоимости подготовленных к отгрузке товаров или вовсе отказаться от исполнения обязательства (п. 3 ст. 509 ГК). Другой пример: договором купли-продажи предусмотрено, что покупатель принимает товар в месте нахождения продавца и вывозит его своим транспортом. Неявка покупателя к продавцу и необеспечение вывоза товара также могут расцениваться как просрочка кредитора.

Особый случай просрочки кредитора имеет место в ситуации, когда кредитор по требованию должника, предлагающего исполнение обязательства, не возвращает ему долговой документ либо не выдает ему расписку в получении исполнения от должника полностью или в соответствующей части. Подобные действия кредитора дают право должнику задержать исполнение обязательства (п. 2 ст. 408).

Юридические последствия просрочки кредитора состоят в том, что должник вправе потребовать от него возмещения причиненных просрочкой убытков. Основанием освобождения кредитора от ответственности в этом случае может служить лишь то, что просрочка допущена им в силу обстоятельств, за которые ни кредитор, ни лица, на которых было возложено совершение действий по принятию от должника обязательства, не отвечают. Бремя доказывания наличия соответствующих обстоятельств возложено на кредитора, допустившего просрочку.

Большое значение имеет также то обстоятельство, что сам должник не считается просрочившим, пока обязательство не может быть исполнено вследствие просрочки кредитора (п. 3 ст. 405 ГК).

Интересная деталь: положения о просрочке кредитора (верителя) были. включены российскими цивилистами и в проект Гражданского Уложения, несмотря на то что современное им гражданское законодательство ряда стран (например, Франции и Италии) не предусматривало аналогичных положений. Необходимость включения в проект соответствующих положений объяснялась следующим образом: во-первых, принятие исполнения от Должника не может рассматриваться как предмет обязательства верителя,

уклоняясь от которого он подвергался бы ответственности на общем основании; во-вторых, предоставление должнику возможности внести предмет обязательства на хранение не разрешает вопроса, так как должник может прибегнуть к этому лишь после того, как веритель уклонился от принятия исполнения; в-третьих, по мысли закона этот последний порядок исполнения обязательства представляется, но не навязывается должнику; в-четвертых, в законе должно быть определено влияние просрочки верителя на положение должника. Именно эти причины побудили Редакционную комиссию внести в проект Гражданского Уложения правила, определяющие случаи просрочки со стороны верителя, ее условия и последствия'.

В тех случаях, когда должник, который несет ответственность по общему правилу, т.е. при наличии вины, не может быть привлечен к ответственности, поскольку имела место невозможность исполнения обязательства в силу случайных обстоятельств, не зависящих от должника, законодатель идет по пути локализации убытков на стороне одного из контрагентов по обязательству. Делается это путем определения, на какой из сторон лежит риск случайной невозможности исполнения обязательства. В действующем ГК имеется немало таких положений как общего характера, так и специальных, предназначенных для обслуживания конкретных видов договорных обязательств. В качестве примера общих положений можно привести норму, содержащуюся в ст. 209 ГК, в соответствии с которой риск случайной гибели или случайного повреждения имущества несет его собственник, если иное не предусмотрено законом или договором.

К числу специальных правил о распределении риска случайной невозможности исполнения обязательства могут быть приведены следующие положения Кодекса: залогодатель несет риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге (п. 1 ст. 344); если должник не был письменно уведомлен о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных этим для него

неблагоприятных последствий (п. 3 ст. 382); если иное не предусмотрено договором купли-продажи, риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя с момента, когда в соответствии с законом или договором продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю (п. 1 ст. 459); по договору постоянной ренты риск случайной гибели или случайного повреждения имущества, переданного бесплатно под выплату постоянной ренты, несет плательщик ренты (п. 1 ст. 595); если иное не предусмотрено законом или договором подряда, риск случайной гибели или случайного повреждения материалов, оборудования, переданной для пере

' См.; Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 264.

работки (обработки) вещи или иного используемого для исполнения договора имущества несет предоставившая их сторона, а риск случайной гибели или случайного повреждения результата работы до ее приемки заказчиком несет подрядчик (п. 1 ст. 705), и некоторые другие.

К сожалению, нормы, содержащиеся в действующем ГК, далеко не исчерпывают необходимого регулирования последствий случайно наступившей невозможности исполнения обязательства, в особенности это касается т.н. двусторонних договоров, когда каждая из сторон в обязательстве является должником и кредитором одновременно. К примеру, в дореволюционном проекте Гражданского Уложения имелась специальная статья, посвященная этому вопросу: согласно ст. 1662 проекта, при невозможности для одной стороны исполнить обязательство по двустороннему договору вследствие случайного события она не вправе требовать того. что ей причитается по тому же договору с другой стороны, и обязана возвратить то, что ранее получила. Если же исполнение обязательства вследствие случайного события стало невозможным для одной стороны лишь отчасти, то она обязана по требованию другой стороны исполнить обязательство в остальной части и сохраняет право на соразмерную часть причитающегося ей по договору вознаграждения', ^ -

Необходимость включения данной статьи в проект Гражданского Уложения объяснялась тем, что если обязательство происходит из двустороннего договора, т.е. когда оно обусловлено равноценным исполнением со стороны верителя, освобождение должника от обязательства, предмет которого случайно подвергся гибели, само по себе не решает вопроса, кто из участвующих в договоре лиц, должник или веритель, несет страх за случайную гибель. Вопрос этот зависит от того, сохраняет ли сторона в двустороннем договоре, несмотря на освобождение ее от принятия по договору обязательства в силу случайно наступившей невозможности исполнения, право требования исполнения, к которому обязана на основании того же договора другая сторона, являющаяся верителем в том обязательстве, или это право не сохраняется.

При утвердительном ответе на данный вопрос страх за случай падал бы на верителя, который, не получая ни предмета своего требования, ни вознаграждения за него ввиду освобождения должника от ответственности за его случайную гибель, был бы обязан со своей стороны уплатить условленное по договору вознаграждение; при отрицательном ответе – страх за случай оставался бы на должнике. Таким образом, указанная статья проекта Гражданского Уложения позволяла разрешить проблему справедливым образом с учетом законных интересов как должника, так и верителя.

' См.: Гражданское Уложение; Проект. Том второй. С. 254.

На отсутствие в действующем ГК норм о последствиях невозможности исполнения в двусторонних (синаллагматических) договорах и об урегулировании отношений между сторонами в указанных случаях первым обратил внимание В.А. Рахмилович'. С этим замечанием нельзя не согласиться:

действительно, отсутствие в ГК соответствующих положений в ряде случаев затрудняет решение вопроса о том, на ком лежит в двустороннем договоре не ответственность по обязательству, а риск того ущерба, за который ни одна из сторон в этом обязательстве не отвечает. Этот недостаток в правовом регулировании двусторонних договоров может быть в какой-то мере компенсирован лишь сторонами при заключении соответствующих договоров.

Наряду с обстоятельствами, ужесточающими либо уменьшающими ответственность должника за нарушение обязательства, необходимо обратить внимание на некоторые обстоятельства, не связанные ни с отсутствием вины, ни с непреодолимой силой, при наличии которых должник вовсе освобождается от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. Так, например, в соответствии с п. 2 ст. 754 ГК подрядчик не несет ответственности за допущенные им без согласия заказчика легкие отступления от технической документации, если докажет, что они не повлияли на качество объекта строительства; страховщик освобождается от возмещения убытков, возникших вследствие того, что страхователь умышленно не принял разумных и доступных ему мер, чтобы уменьшить возможные убытки (п. 3 ст. 962).

Не следует забывать также, что в деле применения ответственности за нарушение гражданско-правового обязательства большая роль отводится суду. Именно суд может в комплексе оценить действия как должника, так и кредитора по обеспечению исполнения обязательства и все обстоятельства, влияющие на ответственность. Оценка судом поведения сторон, и в частности поведения кредитора, может послужить решающим фактором в определении размера ответственности должника за допущенное им нарушение обязательства.

' Рахмилович В.А. О достижениях и просчетах нового Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 4. С. 125.

ГЛАВА VIII. ЗАЩИТА ПРАВ УЧАСТНИКОВ ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ

1. ПРАВО НА ЗАЩИТУ

Децентрализация экономической системы, появление на рынке множества коммерческих организаций и иных юридических лиц, являющихся в основном собственниками имущества, которые строят свои отношения на основе частноправовых принципов, обострили проблему обеспечения защиты прав и законных интересов участников имущественного оборота.

Данная проблема нашла отражение в Конституции Российской Федерации и ряде законов, принятых в последние годы. В соответствии с Конституцией каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (п. 1 ст. 46), никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (п. 1 ст. 47). Необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты возведена Гражданским кодексом Российской Федерации (п. 1 ст. 1) в ранг принципов, на которых основывается гражданское законодательство.

Федеральным конституционным законом «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (ст. 5) предусмотрено, что одной из основных задач арбитражных судов при рассмотрении

подведомственных им споров является защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов организаций и граждан в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности1.

Анализ практики арбитражных судов Российской Федерации, ежегодно рассматривающих сотни тысяч дел по спорам в сфере экономических отношений, позволяет сделать вывод о том, что результаты коммерческой деятельности организаций и индивидуальных предпринимателей зачастую предопределяются их умением обеспечить восстановление нарушенных прав и их судебную защиту, степенью освоения всего арсенала существующих приемов и навыков организации этой работы. Нередко участники гражданского оборота оказываются беспомощными перед незаконными действиями государственных органов, в особенности налоговой инспекции и налоговой полиции, таможенных, антимонопольных и других контролирующих органов, а также органов местного самоуправления. Во многих

См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 19. Ст. 1709.

случаях организации и предприниматели оказываются юридически беспомощными и перед лицом недобросовестных контрагентов по гражданско-правовым обязательствам. Выступая в роли кредиторов по таким обязательствам, участники гражданского оборота в лучшем случае добиваются от должника в судебном порядке взыскания суммы долга либо исполнения обязательства в натуре, что в условиях инфляции не компенсирует их потери, вызванные нарушением обязательств со стороны контрагента. В крайне редких случаях в арбитражный суд предъявляются требования о взыскании убытков, причиненных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения должником своих обязательств. К примеру, на протяжении последних лет доля споров о возмещении убытков среди всех дел, ежегодно рассматриваемых арбитражными судами, не превышала 5-7 процентов.

Более того, наблюдается устойчивая тенденция к сокращению числа обращений участников имущественного оборота в арбитражные суды с исками о возмещении убытков, причиненных нарушением договорных обязательств (как в абсолютном выражении, так и по удельному весу среди всех дел, разрешаемых арбитражными судами). На этот счет можно привести довольно любопытную статистику. В 1996 г. общее количество рассмотренных арбитражными судами России дел возросло на 22,3 процента, но особо бурный рост отмечался по спорам, связанным с неисполнением и ненадлежащим исполнением договоров купли-продажи (в 3,5 раза) и договоров аренды (в 2,5 раза). В то же время число споров по требованиям о возмещении убытков, причиненных нарушениями договоров, сократилось по сравнению с 1995 г. на 16,6 процента,

Вне поля зрения кредиторов нередко остается и возможность взыскания с недобросовестных контрагентов по обязательствам процентов за пользование чужими денежными средствами, законной или договорной неустойки. До настоящего времени не столь частым явлением в арбитраж-но-судебной практике являются также дела, возбужденные по заявлениям кредиторов о признании должника несостоятельным (банкротом). Так, в 1994г. во всех арбитражных судах России было рассмотрено чуть более 200 таких дел. В 1995 г. решения о признании несостоятельными (банкротами) вынесены арбитражными судами в отношении 469 организаций. В 1996г. на рассмотрение арбитражных судов поступило 2618 заявлений о признании должников несостоятельными (банкротами).

Неумение или нежелание участников гражданского оборота защищать свои нарушенные права,

пассивность кредиторов затрагивают не только интересы конкретных лиц, но и оказывают общее негативное влияние на макроэкономические тенденции, следствием которого являются кризис неплатежей, неплатежеспособность огромного числа субъектов предпринимательства, недобросовестность в коммерческих делах.

Субъективные гражданские права, которые принадлежат участникам имущественного оборота, должны быть не только реально осуществимыми. Субъекты этих прав должны быть наделены возможностями по пресечению нарушения прав, их восстановлению, компенсации всех потерь, вызванных нарушением субъективных прав. Как правильно отмечал В.П. Грибанов:

«Субъективное право, предоставленное лицу, но не обеспеченное от его нарушения необходимыми средствами защиты, является лишь декларативным правом». Правильным представляется также вывод В.П. Грибанова о том, что «возможность правоохранительного характера включается в само содержание субъективного материального требования как одно из его правомочий»'.

Всякое субъективное гражданское право подлежит защите, а носитель этого права обладает соответствующим правомочием на его защиту с помощью средств, предусмотренных законодательством. Это правомочие является одним из элементов субъективного гражданского права (включая обязательственное право, возникшее из договора), который проявляет себя лишь в ситуациях, когда кто-либо оспаривает, посягает или нарушает это субъективное гражданское право.

Объем правомочий по защите субъективных гражданских прав зависит от целого ряда факторов, связанных как с самим защищаемым правом, так и с обстоятельствами его нарушения.

Во-первых, объем возможностей защиты (содержание права на защиту) субъективного гражданского права во многом определяется природой этого права. Если речь идет о нарушении права собственности или иного вещного права, то можно констатировать, что возможности их защиты иные, нежели при нарушении какого-либо обязательственного права, возникшего из договора. И это различие в возможностях диктуется различием в природе названных субъективных гражданских прав.

Как известно, право собственности является абсолютным правом. Необходимость защиты прав собственника от всех иных лиц предполагает наделение его соответствующими правомочиями, и в частности возможностью использовать дополнительно к имеющимся способам защиты его субъективного гражданского права особые вещно-правовые способы защиты (виндикационный и негаторный иски).

В отличие от права собственности в обязательственных (относительных) правоотношениях предполагается, что, как правило, права стороны в обязательстве могут быть нарушены лишь другой стороной этого же обязательства. Поэтому, очевидно, нет нужды наделять кредитора возможностями по защите его права от всех иных лиц, помимо должника. В тех же ред-

' ГрибановВ.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав; М., 1992. С. 96.

ких случаях, когда из обязательства возникают некоторые правомочия, сходные с правомочиями собственника либо субъекта вещного права (например, правомочия по владению и пользованию имуществом), законодатель наделяет такого субъекта возможностями по их защите, аналогичными тем, которые предоставлены собственнику (см., например, ст. 305 ГК).

Во-вторых, объем возможностей по защите нарушенного права зависит от вида и степени его

нарушения. Дифференцированный подход законодателя в наделении субъектов гражданских прав возможностями по их защите в зависимости от указанного критерия хорошо заметен, к примеру, в различии последствий ненадлежащего исполнения обязательства и неисполнения обязательства. В первом случае уплата должником неустойки и возмещение им убытков не освобождают его от исполнения обязательства в натуре. Во втором – те же действия должника являются основанием к освобождению его от исполнения обязательства в натуре.

В-третьих, объем правомочий по защите нарушенного права предопределяется также правовым статусом лица, допустившего это нарушение.

Так, нельзя не замечать отличий в степени защиты нарушенных гражданских прав, если такое нарушение допущено со стороны государства, выступающего в качестве субъекта соответственно частного или публичного права.

Если государство в лице его органов выступает в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, то оно действует на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юридическими лицами, и, следовательно, против него могут быть применены любые способы защиты нарушенных гражданских прав.

Иное дело, если государство в лице его органов допускает нарушения гражданских прав, действуя, однако, в качестве субъекта публичного права. В этом случае нормы гражданского права не применяются, если иное специально не предусмотрено законодательством. Поэтому субъекту нарушенного права придется ограничиться требованием о признании ненормативного акта соответствующего государственного органа недействительным либо иском о возмещении за счет государства убытков, причиненных в результате незаконных действий (бездействия) государственного органа или должностных лиц этого органа.

Правовой статус нарушителя имеет определяющее значение для объема предоставляемых возможностей по защите субъективного гражданского права и в тех случаях, когда правоотношения находятся в сфере действия только частного права.

Можно, например, обратить внимание на существенное различие в правовой регламентации обязательств, стороны которых соответственно связаны или не связаны с осуществлением предпринимательской деятель

ности, при решении вопросов одностороннего отказа от исполнения обязательства, досрочного исполнения обязательства, ответственности за нарушение обязательства. , •

Как известно, общим правилом в гражданско-правовых отношениях является недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства и одностороннего изменения его условий, за исключением случаев, предусмотренных законом. Однако в отношении обязательства, связанного с осуществлением предпринимательской деятельности, односторонний отказ от его исполнения или одностороннее изменение его условий допускается также в случаях, предусмотренных договором. Если обычно должник вправе исполнить свое обязательстао до срока, установленного договором, то применительно к обязательствам, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности, действует прямо противоположное правило: досрочное исполнение такого обязательства допускается только в случаях, когда право должника исполнить обязательство до установленного им срока предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо вытекает из «обычаев делового оборота или существа обязательства.

Необходимым основанием ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства признается наличие вины лица, допустившего нарушение обязательства, в форме умысла или неосторожности. Данное положение в прежние годы носило характер генерального принципа гражданско-правовой ответственности (ст. 222 ГК 1964 г.). Такое отношение к наличию вины лица, допустившего нарушение обязательства, как к необходимому основанию его ответственности нашло отражение и в ГК 1994 г. (п. 1 ст. 401).

Что же касается ответственности коммерческой организации, индивидуального предпринимателя или иного лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, то основанием его освобождения от ответственности за нарушение обязательства может служить лишь невозможность исполнения этого обязательства вследствие непреодолимой силы, если иное не будет предусмотрено законом или договором. Следовательно, в этом случае кредитор располагает более широкими возможностями для защиты нарушенного права.

Зависимость объема возможностей субъекта гражданского права по его защите от правового статуса лица, допустившего нарушение, выявляется также при анализе статуса (организационно-правовых форм) юридических лиц, предусматривающего в ряде случаев субсидиарную ответственность учредителей (участников) этих юридических лиц. Так, учредители (участники), собственники имущества юридического лица или другие лица, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица

указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, несут субсидиарную ответственность по его обязательствам в случаях, когда несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана указанными лицами. Такую ответственность несут также участники полного товарищества, общества с дополнительной ответственностью; основное хозяйственное общество по долгам дочернего общества в случае его несостоятельности; члены производственного и потребительского кооперативов. В таких случаях существенно расширяются возможности защиты нарушенных субъективных прав контрагентов данных юридических лиц.

Право на защиту субъективного гражданского права, т.е. объем возможностей по пресечению нарушения этого права, восстановлению положения, существовавшего до нарушения права, компенсации потерь, зависит от применяемого участником имущественного оборота способа защиты нарушенного права. Поэтому, как нам представляется, одной из задач гражданско-правовой доктрины является определение критериев выбора оптимального способа защиты нарушенного гражданского права в наиболее типичных ситуациях, что может оказать реальное влияние на повышение стабильности и надежности положения участников имущественного оборота.

2. СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ

Под способами защиты гражданских прав обычно понимаются предусмотренные законодательством средства, с помощью которых могут быть достигнуты пресечение, предотвращение, устранение нарушений права, его восстановление и (или) компенсация потерь, вызванных нарушением права.

Способы защиты даны субъекту гражданского права законодательством. Проблема же для каждого участника гражданского оборота, как отмечалось, заключается в оптимальном выборе и эффективном использовании и применении предусмотренных законодательством способов защиты. Решение этой проблемы может быть обеспечено, с одной стороны, глубокими знаниями положений

законодательства, регулирующих различные способы защиты гражданских прав, с другой стороны, путем овладения необходимыми навыками в их применении.

В гражданском законодательстве можно выделить два уровня регулирования способов защиты гражданских прав. Первый уровень регулирования заключается в определении таких способов защиты, которые носят универсальный характер и могут быть применены для защиты, как правило, любого субъективного гражданского права. Такие способы защиты гражданских прав установлены ст. 12 ГК. К их числу относятся: признание права; восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; признание оспоримой сделки недействительной и применение по

следствий ее недействительности, применение последствий недействительности ничтожной сделки; признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления; самозащита права; присуждение к исполнению обязанности в натуре; возмещение убытков; взыскание неустойки; компенсация морального вреда; прекращение или изменение правоотношения; неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону. Указанный перечень, включающий в себя одиннадцать способов защиты гражданских прав, не является исчерпывающим. В случае нарушения гражданских прав могут быть использованы и иные способы их защиты, предусмотренные законом. Однако из всех многочисленных предусмотренных законодательством способов защиты гражданских прав вряд ли найдутся такие, которые могли бы быть поставлены в один ряд с теми способами, которые названы в ст. 12 ГК.

Дело в том, что все иные известные способы защиты предназначены для обслуживания определенных видов гражданских прав и непригодны для универсального применения. Что же касается универсальных способов защиты гражданских прав, то сфера их применения также может быть ограничена, однако такие ограничения допустимы не применительно к отдельным видам субъективных гражданских прав, а в зависимости от существа правоотношений, самого способа защиты или субъекта гражданского права, исключающих возможность применения того или иного способа защиты. К примеру, исходя из определения морального вреда " «физические или нравственные страдания» (ст. 151 ГК), очевидно, что такой способ, как компенсация морального вреда, не может быть использован для защиты гражданских прав юридических лиц.

Второй уровень гражданско-правового регулирования способов защиты гражданских прав представляет собой установление законом способов защиты, применяемых для защиты только определенных видов гражданских прав или для защиты от определенных нарушений. Именно такие способы защиты отнесены ГК (ст. 12) к иным способам, предусмотренным законом. В этом смысле можно говорить о самостоятельных способах защиты прав учредителей (участников) юридических лиц, собственника имущества (титульного владельца), кредитора в обязательстве и т.д.

Способы защиты гражданских прав поддаются классификации по различным критериям: по сфере применения (универсальные и специальные);

по методам осуществления (предъявление иска в суд, обращение к государственным органам, самостоятельное применение) и т.п.

Однако представляется, что наиболее практически значимым критерием для классификации способов защиты гражданских прав является результат, на который рассчитано их применение, характер

последствий их

применения для нарушенного права. Указанный критерий одновременно может служить одним из основных критериев для выбора субъектом нарушенного права оптимального способа его защиты. Именно в этом заключается его практическое значение.

Итак, если в основу классификации способов защиты гражданских прав положить результат, на который рассчитано их применение, то все универсальные способы защиты (ст. 12 ГК) могут быть распределены на

следующие группы.

Первая группа включает в себя способы защиты, применение которых позволяет подтвердить (удостоверить) защищаемое право либо прекратить (изменить) обязанность. К такому результату приводит применение следующих способов защиты: признание права; присуждение к исполнению обязанности в натуре; неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону; прекращение или изменение правоотношения.

Все названные на первый взгляд совершенно различные способы защиты объединяют последствия их применения для защищаемого права. Что может означать решение суда о присуждении к исполнению обязанности в натуре? В первую очередь это подтверждение наличия у лица, обратившегося в суд с соответствующим иском, права требовать от ответчика исполнения этой обязанности. Обращаясь к суду с ходатайством о неприменении акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону, субъект гражданского права также просит подтвердить это право, удостоверить, что это право не могло быть затронуто незаконным актом.

Анализ арбитражно-судебной практики свидетельствует о том, что все названные способы защиты используются субъектами в основном на первом предварительном этапе в целях создания благоприятных условий для применения иных способов защиты. Необходимость в подобных действиях возникает, как правило, в ситуациях, когда имеется иное лицо, претендующее на защищаемое право либо его оспаривающее, К примеру, требование о признании права собственности зачастую предшествует иску об истребо-. вании имущества из чужого незаконного владения или об устранении препятствий в реализации права собственности либо иску о выселении или об освобождении занимаемого помещения. После удовлетворения судом иска о присуждении к исполнению обязанности в натуре нередко следует иск о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением соответствующей обязанности.

Ко второй группе способов защиты гражданских прав можно отнести такие способы, применение которых позволяет предупредить или пресечь нарушение права. К их числу относятся: пресечение действий, нарушаю

щих право или создающих угрозу его нарушения; признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления; самозащита права; взыскание неустойки. Цель применения указанных способов защиты заключается в том, чтобы заставить или побудить нарушителя прекратить действия, нарушающие субъективное гражданское право, либо предупредить такие действия. Именно этой целью продиктованы, например, массовые обращения в арбитражный суд организаций, выступающих в роли налогоплательщиков, с исками о признании недействительными актов налоговых органов о применении к ним финансовой ответственности за различные нарушения налогового законодательства. Такие иски предъявляются и в случаях, когда в

соответствии с актом налогового органа уже произведено частичное списание денежных средств со счетов организаций.

Третья группа объединяет способы защиты гражданских прав, применение которых преследует цель восстановить нарушенное право и (или) компенсировать потери, понесенные в связи с нарушением права. Такой результат может быть достигнут путем; восстановления положения, существовавшего до нарушения права; признания оспоримой сделки недействительной и применения последствий ее недействительности, применения последствий недействительности ничтожной сделки; возмещения убытков;

компенсации морального вреда.

Из названных способов защиты гражданских прав наиболее универсальным является возмещение убытков, причиненных нарушением права. ГК 1994г., как отмечалось ранее, несколько модернизировал понятие убытков, сделал его более пригодным для защиты всякого нарушенного права.

Предоставив лицу, чье право нарушено, возможность требовать от нарушителя возмещения не только фактически понесенных им расходов, но и расходов, которые оно должно будет произвести для восстановления нарушенного права в качестве одного из элементов реального ущерба, законодатель тем самым открыл возможность для широкого использования абстрактного способа исчисления убытков в обязательственно-правовых отношениях', Данный метод определения убытков значительно облегчает дока-зывание их размера, поскольку в его основе лежит сравнение договорной цены неисполненного либо ненадлежаще исполненного обязательства с ценой на товар (работы, услуги), существовавшей на рынке в установленный момент (текущей ценой). От кредитора не требуется представления

См.: Комаров А. С. Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции); Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М., 1994. С. 34-35.

доказательств, подтверждающих совершение им сделки, заменяющей не исполненную должником.

Что касается второй части убытков – упущенной выгоды, то необходимо отметить два существенных обстоятельства. Во-первых, Кодекс говорит о неполученных доходах, не оставляя места для толкования категории «упущенная выгода» как не полученной лицом, чье право нарушено, чистой прибыли, за исключением всех не понесенных им расходов, а также сэкономленных средств в связи с нарушением его права. До недавнего времени такой подход господствовал в арбитражно-судебной (а еще ранее -арбитражной) практике.

Во-вторых, Кодекс дает ориентир и в определении размера упущенной выгоды, который не может быть меньше, чем доходы, полученные лицом, допустившим нарушение права, вследствие этого нарушения. Данное обстоятельство приобретает особое значение в довольно типичных сегодня ситуациях, когда, например, продавец (поставщик), получив в качестве предоплаты деньги покупателя, вместо закупки товаров, подлежащих передаче покупателю, использует его деньги для совершения иных сделок, не имеющих отношения к договору, либо просто помещает эти деньги на депозитный счет в банке в целях извлечения прибыли в виде процентов.

Возмещение убытков, основанное на усовершенствованных гражданско-правовых нормах (ст. 15, 16,

393, 394 ГК), должно стать обычным, часто употребляемым способом защиты нарушенных гражданских прав. Многое будет зависеть и от арбитражно-судебной практики, предъявляющей сегодня чрезмерно жесткие требования к доказательствам, подтверждающим как наличие убытков в связи с нарушением субъективного права, так и их размер. В качестве первого шага в этом направлении можно было бы предложить исходить при разрешении споров из определимого в зависимости от конкретных обстоятельств минимального размера убытков, не требующего доказательств.

Представляется, что такой подход применительно к нарушениям обязательств, связанных с предпринимательской деятельностью, возможен уже в настоящее время. К примеру, в случае неисполнения должником денежного обязательства для кредитора, исполнившего свои обязанности (по передаче товара, выполнению работ, оказанию услуг), в качестве минимального размера убытков, не требующих доказывания, можно было бы принять средний размер процентов по кредитам, взимаемых банками в месте нахождения кредитора. При этом не должно иметь значения, обращался ли кредитор в банк за кредитом или обошелся денежными средствами, имеющимися на его расчетном счете, ибо, исходя из правильно понимаемых условий делового оборота, такой кредитор должен был обратиться к банку с просьбой о выдаче кредита.

В случае невыполнения продавцом (поставщиком) обязанности передать покупателю товар, а равно необоснованного отказа покупателя от товара в качестве минимальных убытков можно принять разницу между текущей ценой на данный товар на день предъявления требований и ценой, указанной в договоре. Аналогичным образом могли бы определяться минимальные убытки, вызванные неисполнением своих обязательств подрядчиком (исходя из текущей цены, взимаемой за аналогичные работы).

Значительным изменениям по сравнению с ранее действовавшим законодательством подвергся в ГК и такой способ защиты субъективных гражданских прав как признание сделки недействительной. В отличие от ранее действовавшего законодательства (ст. 6 Гражданского кодекса РСФСР, ст. 6 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик) признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, а также применение последствий недействительности ничтожной сделки непосредственно содержатся в перечне способов защиты гражданских прав, которые носят универсальный характер (ст. 12 ГК).

Давно признанная в юридической науке и в судебной практике дифференциация недействительных сделок на оспоримые и ничтожные также нашла отражение в ГК. Правда, арбитражно-судебная практика отреагировала на данное обстоятельство неоднозначно: стали появляться определения арбитражных судов о прекращении производства по делам, возбужденным по искам о признании недействительными сделок при наличии оснований считать их ничтожными (противоречие сделки требованиям законодательства, мнимая и притворная сделки и т.п.). Такой подход основывается на том, что ничтожная сделка является недействительной независимо от признания ее таковой судом (п. 1 ст. 166 ГК), применение последствий недействительности ничтожной сделки рассматривается в качестве самостоятельного требования (ст. 12), в отношении которого предусмотрен специальный более продолжительный срок исковой давности (п. 1 ст. 181).

Вместе с тем отказ от принятия к производству исков о признании недействительными сделок, которые по определению относятся к категории ничтожных, мог бы негативным образом повлиять на обеспечение защиты субъективных прав, нарушенных такими сделками. В целом ряде случаев имеет

принципиальное значение именно судебное признание ничтожной сделки недействительной, к примеру если сделка повлекла передачу имущества другому лицу либо имела иное правоустанавливающее значение или кто-либо оспаривает наличие оснований ничтожности сделки. Следует учитывать также, что для исков о признании сделки недействительной предусмотрен сокращенный срок исковой давности в один год (п. 2 ст. 181 ГК).

Анализ текста ст. 166 ГК позволяет сделать вывод о том, что лицо, чье право нарушено, не лишено возможности обратиться в суд с требованием о

признании ее недействительной, поскольку положение о том, что ничтожная сделка недействительна независимо от признания ее таковой судом, предполагает как отсутствие, так и наличие решения суда. Во всяком случае нет никаких оснований считать, что спор о недействительности сделки по мотивам ее ничтожности не подлежит рассмотрению в суде.

Обращает на себя внимание также, что обновленные положения об основаниях и последствиях недействительности сделок, содержащиеся в ГК, в гораздо большей степени, нежели предшествующее законодательство, сориентированы именно на выполнение задачи защиты субъектов гражданских прав. Ранее соответствующие нормы в равной степени имели кон-фискационный характер. Возможность взыскания в доход государства всего полученного по сделке с одной или с обеих сторон предусматривалась ГК 1964г. в отношении недействительных сделок, совершенных с целью, противной интересам государства и общества (ст. 49); противоречащих целям юридического лица (ст. 50); сделок, совершенных под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств (ст. 58).

В русле данного направления складывалась и арбитражно-судебная практика, когда, например, общим правилом было взыскание в доход государства доходов, полученных организацией по сделкам, совершенным в рамках деятельности без лицензии либо одного из видов предпринимательской деятельности, не предусмотренных ее уставом.

В настоящее время в ГК 1994 г. последствия конфискационного характера сохранены лишь в отношении недействительности сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности (ст. 169), а также сделки, совершенной под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств (ст. 179). Причем следует отметить, что указанные нормы права практически не находят применения в арбитражно-судебной практике.

Что касается таких оснований недействительности сделки, как совершение ее юридическим лицом, не имеющим лицензии на занятие соответствующей деятельностью, либо в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в учредительных документах юридического лица, наличие которых еще недавно зачастую приводило к изъятию всего полученного по сделке в доход государства, то даже в случае их подтверждения и признания судом сделки недействительной в качестве последствий может быть применена лишь реституция (ст. 167, 173 ГК).

3. ЗАЩИТА КРЕДИТОРА ВДОГОВОРНОМОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ

В отличие от иных гражданско-правовых отношений в обязательстве отражается динамика гражданских прав и обязанностей, очерченных рамками обязательства, причем обязанности одной

стороны совершить указанные действия противостоит право другой стороны потребовать их совершения. Поэтому гражданские права, возникающие из обязательства, носят относительный характер.

Как известно, обязательство имеет определенный субъектный состав (стороны обязательства): должник, т.е. лицо, обязанное передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, совершить иные действия, и кредитор – лицо, которое вправе потребовать от должника исполнить его обязанность. Так выглядит простейшая модель обязательственного правоотношения (т.н. одностороннее обязательство). В реальном имущественном обороте используются, как правило, более сложные конструкции: во-первых, как на стороне должника, так и на стороне кредитора могут выступать несколько лиц; во-вторых, преобладают двусторонние обязательства, когда обе стороны выступают в качестве должника в одном обязательстве и одновременно являются кредитором по другому обязательству. По принципу двустороннего обязательства построены практически все договорные обязательства в сфере предпринимательства.

Нарушенные права кредитора в обязательстве могут быть защищены с помощью как универсальных, так и специальных способов, предусмотренных нормами ГК, посвященными общим положениям об обязательствах.

Применение в арбитражно-судебной практике универсальных способов защиты в отношении прав, возникших из договорных обязательств, обладает определенными особенностями, которые, в свою очередь, предопределены особой природой договорного обязательства. Здесь имеют место широкое усмотрение участников имущественного оборота и соответственно преимущественно диспозитивное гражданско-правовое регулирование.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения своих обязанностей перед кредитором должник несет ответственность, установленную законодательством или договором. Нарушение обязательств влечет, прежде всего, обязанность должника возместить кредитору причиненные этим нарушением убытки. Применение этого способа защиты прав кредитора в договорном обязательстве может быть в значительной степени скорректировано соглашением сторон.

В частности, договором могут быть предусмотрены дополнительные основания освобождения должника от ответственности (например, отсутствие его вины), возмещение убытков в уменьшенном размере, штрафной или альтернативный по отношению к убыткам характер неустойки и т.п.

Размер подлежащих возмещению убытков во многом зависит от того, какие цены положены в основу расчета как реального ущерба, так и упущенной выгоды. Ранее с учетом процесса инфляции применение, в том числе и в арбитражно-судебной практике, цен, существовавших на день, когда обязательство должно было быть исполнено, не обеспечивало полного возмещения убытков, более того в ряде случаев ставило должника, не исполнившего обязательство, в более выгодное положение, нежели кредитора.

Данная проблема могла быть решена одним из двух способов: введением законодательства об автоматической индексации цен либо изменением порядка применения цен при расчете убытков. При подготовке Гражданского кодекса был реализован второй вариант: расчет убытков должен производиться, исходя из цен, существовавших в день добровольного удовлетворения должником требования кредитора либо в день обращения кредитора в суд в случае неудовлетворения его требования должником в добровольном порядке. Суду предоставлено право, в зависимости от

обстоятельств конкретного спора, присуждая возмещение должником убытков, исходить из цен. существующих в день вынесения решения. Данное правило преследует цель обеспечить справедливое возмещение убытков, причиненных нарушением обязательств. Однако еще раз подчеркнем, что оно носит диспозитивный характер.

Кредитор же, добивающийся возмещения убытков, может представить суду соответствующее ходатайство о необходимости использовать для расчета убытков цены, по которым производятся расчеты за поставленные (проданные) товары, выполненные работы, оказанные услуги на день вынесения судебного решения.

Требование о возмещении убытков должно подтверждаться надлежащими доказательствами. В частности, кредитор, требующий взыскания с должника убытков в виде упущенной выгоды, должен представить суду документы, доказывающие, что им принимались необходимые меры и были сделаны соответствующие приготовления для извлечения доходов, которые не были получены в связи с допущенным должником нарушением обязательств.

Следует отметить, что задолго до введения в действие Кодекса арбит-ражно-судебная практика при определении состава и размера убытков ис-г ходила из принципиальной возможности учета инфляционных процессов, о чем свидетельствуют некоторые разъяснения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации'.

' См., например: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993.№11.С.185.

Среди специальных способов защиты гражданских прав, возникающих из договорных обязательств, в первую очередь следует назвать взимание процентов за пользование чужими денежными средствами.

Дело здесь не только в актуальности соответствующих норм в условиях кризиса неплатежей, когда, с одной стороны повсеместно не оплачиваются поставленные товары, выполненные работы или оказанные услуги, а с другой стороны, недобросовестные продавцы; подрядчики и другие контрагенты в договорах, получив в качестве предоплаты денежные суммы покупателей и заказчиков, пользуются ими в своих интересах, не выполняя своих обязательств по договору. Взыскание процентов по денежным обязательствам преследует цель защиты прав и законных интересов участников имущественного оборота, добросовестно исполняющих свои обязательства, от незаконных действий их контрагентов и компенсации причиненного им ущерба.

Необходимо обратить внимание на ряд норм, регулирующих различные аспекты гражданско-правовых отношений, которые по сути своей не могут рассматриваться в качестве способов защиты субъективных прав. Однако при определенных условиях соответствующие нормы могут быть эффективно использованы и в целях защиты субъективных гражданских прав участников имущественного оборота.

К числу таких норм относятся практически все положения о способах обеспечения исполнения обязательств, которые различаются по степени воздействия на должника и методам достижения цели – побудить должника исполнить обязательство надлежащим образом. Поэтому от оптимального выбора кредитором способа обеспечения исполнения обязательства во многом будет зависеть и поведение должника.

В связи с этим участники имущественного оборота должны учитывать особенности того или иного способа обеспечения обязательства и его возможности применительно к конкретным ситуациям.

Скажем, неустойка и задаток одновременно представляют собой меры гражданско-правовой ответственности и в качестве таковых ориентируют должника на исполнение обязательства в натуре под угрозой применения ответственности, которая носит реальный характер, поскольку взыскание неустойки или пени в фиксированном размере не требует от кредитора больших усилий, как, например, в случае с возмещением убытков, где нужно обосновывать и доказывать их размер.

Залог, поручительство, банковская гарантия повышают для кредитора вероятность удовлетворения его требований в случае нарушения должником обеспеченного ими обязательства.

Выбор способа обеспечения обязательства во многом зависит и от существа этого обязательства. К примеру, для обязательств, возникающих из

договора займа или кредитного договора, более привлекательными выглядят такие способы, как залог, банковская гарантия и поручительство, в то же время, если речь идет об обязательствах выполнить работу или оказать услугу, возникающих из договоров подряда, банковского счета и т.п., предпочтительнее использование неустойки, поскольку интерес кредитора заключается не в получении от должника денежной суммы, а в приобретении определенного результата.

Практически все способы обеспечения исполнения обязательств: залог, неустойка, поручительство, банковская гарантия, удержание кредитором имущества должника – в случае их применения могут дать кредитору дополнительные способы защиты нарушенных прав, например: обращение взыскания на заложенное имущество; привлечение к ответственности поручителя; взыскание с гаранта денежной суммы в соответствии с условиями банковской гарантии; оставление кредитором задатка, полученного от должника.

Имеются и другие гражданско-правовые нормы, применение которых в определенных ситуациях также дает эффект использования способов защиты субъективного права, поскольку результатом их применения может явиться восстановление нарушенного права.

Например, в случаях, когда применяется субсидиарная ответственность, кредитор вправе защищать свое нарушенное право путем предъявления своих требований, право на которые у него возникло в связи с тем, что должником допущено нарушение обязательства, не только к самому должнику, но и к другому лицу, не являющемуся стороной в этом обязательстве, что, безусловно, обеспечивает более надежную защиту прав кредитора.

Как известно, необходимым условием применения субсидиарной ответственности является предварительное обращение с соответствующим требованием к основному должнику, нарушившему обязательство. Отказ основного должника от удовлетворения этого требования либо неполучение от него ответа дают основание кредитору предъявить соответствующее требование лицу, на которое возложена субсидиарная ответственность. Данное положение меняет подход арбитражно-судебной практики к субсидиарной ответственности и значительно расширяет возможности по ее применению.

Ранее отсутствие положения, определяющего условия, при которых кредитор получал возможность обращаться к лицу, несущему субсидиар-ную ответственность, и в то же время наличие норм, обязывающих кредитора предъявить свое требование сначала основному должнику, в сочетании с принципом ответственности должника всем своим имуществом не

редко лишали кредитора возможности предъявить свои требования лицу. несущему субсидиарную ответственность.

Некоторые гражданско-правовые нормы предоставляют кредитору возможность использовать дополнительные способы защиты в случае нарушения его права, но при условии, что кредитором будут совершены определенные действия, направленные на создание предпосылок для применения соответствующих дополнительных способов защиты. К их числу относятся специальные нормы, регулирующие валюту денежных обязательств, которые базируются на том, что универсальным платежным средством на территории России признается только рубль, поэтому, .стороны в денежном обязательстве должны выразить его в рублях.

Вместе с тем в условиях непомерной инфляции одним из эффективных средств защиты прав и законных интересов кредиторов служит положение о том, что в денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах. Это дает возможность кредитору требовать от должника уплаты в рублях суммы, определяемой по официальному курсу соответствующей валюты на день платежа, если только закон не предусматривает иной курс или иную дату его определения. Используя такую возможность, включив в договор соответствующее условие, кредитор в состоянии обезопасить себя от негативных последствий инфляции.

В определенной степени задачу защиты гражданских прав, возникших из договорного обязательства, призваны выполнять некоторые положения о встречном исполнении обязательства. Как известно, встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое в соответствии с договором обусловлено исполнением обязательств другой стороной. Иными словами, встречное исполнение обязательства – такое исполнение, которое должно производиться одной из сторон лишь после того, когда другая сторона исполнила свое обязательство. Необходимым условием признания встречного исполнения обязательства является то, что такая обусловленность последовательности исполнения сторонами своих обязательств должна быть прямо предусмотрена договором,

Сторона, на которой лежит встречное исполнение обязательства, получает возможность использовать дополнительные способы защиты своих прав: приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от его исполнения и потребовать возмещения убытков.

Значительно расширяет возможности кредитора в деле защиты его прав применение положений о солидарной ответственности. Для тех случаев, когда имеет место обязательство со множественностью лиц, т.е. в обязательстве участвуют несколько кредиторов или несколько должников, об-

щим правилом является положение о долевом характере этих обязательств. Иными словами, каждый должник обязан исполнить обязательство в своей доле. Солидарные обязательства (солидарная обязанность, солидарное требование, солидарная ответственность) являются исключением из этого общего правила. Вместе с тем в гражданском праве имеется такое количество норм, предусматривающих солидарные обязательства, что указанное исключение едва ли не превращается в общее правило. Это легкообъяснимо, поскольку именно солидарное обязательство и особенно солидарная ответственность должника в максимальной степени обеспечивают защиту прав кредитора.

И в отношении солидарных обязательств обеспечивается дифференцированное регулирование в зависимости от того, связано ли это обязательство с осуществлением предпринимательской деятельности. В обычных случаях солидарная обязанность (ответственность) или солидарное требование возникают тогда, когда это (солидарность) прямо установлено законом, в частности при неделимости предмета обязательства.

Если же речь идет о множественности лиц в обязательстве, связанном с предпринимательской деятельностью, предполагается, что как обязанность нескольких должников, так и требования нескольких кредиторов в таком обязательстве являются солидарными.

Таким образом, помимо известных универсальных и специальных способов защиты гражданских прав кредитор может использовать в этих целях и иные нормы обязательственного права, которые в строгом смысле не могут быть названы способами защиты гражданских прав, но при определенных условиях способны выполняют и эту роль.

И все же позиция кредитора в договорном обязательстве по действующему российскому законодательству иногда (а в последнее время очень часто) остается уязвимой перед недобросовестностью должника. Речь идет о многочисленных ситуациях, когда должник по не обеспеченному залогом обязательству накануне истечения срока его исполнения продает или иным образом отчуждает свое имущество в целях избежать негативных последствий неисполнения им договора, исключив возможность для кредитора обратить взыскание на имущество должника. В подавляющем большинстве таких случаев кредитор оказывается беззащитным: он не вправе предъявить требования о признании недействительными сделок по отчуждению должником его имущества, поскольку не является ни собственником (законным владельцем) этого имущества, ни участником сделки по его отчуждению.

Исключение (предоставление кредитору права ставить вопрос о недействительности сделки) предусмотрено ГК, лишь когда предметом продажи является предприятие в целом как имущественный комплекс (ст. 562).

Характерная особенность договора продажи предприятия, выделяющая его в самостоятельный вид договора продажи недвижимости, заключается в том, что продажа предприятия во всех случаях сопровождается, с одной стороны, уступкой прав требований продавца покупателю, а с другой – переводом на него долгов, что, как известно, требует согласия кредиторов, Поэтому в Кодексе предусмотрены положения, определяющие особый порядок уведомления кредиторов и получения их согласия на продажу предприятия, а также последствия нарушения этого порядка.

Обязанностью сторон по договору продажи предприятия является письменное уведомление кредиторов по обязательствам, включенным в состав предприятия, до момента передачи покупателю этого предприятия. Объем прав кредиторов и последствия реализации ими своих прав для сторон поставлены в прямую зависимость от исполнения продавцом и покупателем обязанности по уведомлению кредиторов о продаже предприятия.

Кредиторам, как получившим уведомление о продаже предприятия, но не давшим согласие на перевод долга, так и не получившим такого уведомления, предоставлено право потребовать: прекращения или досрочного исполнения обязательств и возмещения продавцом причиненных этим убытков; признания договора продажи предприятия недействительным полностью или в соответствующей части. Разница между ними состоит в том, что кредитор, получивший уведомление, может воспользоваться своими правами в течение трех месяцев со дня получения уведомления о продаже предприятия, а кредитор, не получивший такого уведомления, – в течение года со дня, когда узнал или должен был узнать о передаче предприятия покупателю.

Кроме того, по долгам, включенным в состав проданного предприятия, которые были переданы покупателю без согласия кредиторов на перевод этих прав. продавец и покупатель после передачи

предприятия последнему несут солидарную ответственность.

Наделение кредитора правом предъявлять требование о признании недействительным договора продажи предприятия, по которому в качестве продавца выступает его должник по обязательству, оставляет открытым вопрос о том, что же может служить основанием для признания судом договора продажи предприятия недействительной сделкой: сам факт предъявления кредитором такого требования или какие-либо иные обстоятельства, оставленные Кодексом за рамками включенных в него норм.

Если признать, что основанием для признания договора продажи предприятия недействительной сделкой служит сам факт предъявления кредитором соответствующего требования, что, собственно говоря, и следует из формального прочтения п. 2 ст. 562 ГК, где требование кредитора о признании договора продажи недействительным поставлено в один ряд с

другими бесспорными требованиями о прекращении либо досрочном исполнении должником (продавцом) обязательства и возмещения причиненных убытков, то все иные нормы ГК, регламентирующие порядок продажи предприятия, теряют практический смысл, ибо в принципиальном плане ставится под сомнение сама возможность продать предприятие, не рискуя «нарваться» на иск одного из кредиторов о признании договора продажи недействительным.

Следовательно, с теоретической и практической точек зрения вопрос состоит в том, какие обстоятельства могут служить основанием для признания договора продажи предприятия недействительным по иску кредите» ра продавца этого предприятия,

По-видимому, в данном случае речь идет об одном из проявлений особого способа защиты прав кредитора, суть которого заключается в наделении кредитора правом оспаривать сделку, совершенную должником с целью избавиться от имущества (активов) и тем самым лишить кредитора возможности обратить на него взыскание (иногда этот способ защиты называют паулиановым иском), В связи с отсутствием в современном ГК общих правил, регулирующих этот способ защиты прав кредитора и порядок его применения, обратимся к другим источникам.

В российском дореволюционном проекте Гражданского Уложения имелись необходимые нам правила (ст. 1661), в соответствии с которыми в случае безуспешности обращенного на имущество должника взыскания веритель был вправе просить суд о признании недействительными сделок должника, коими во избежание платежа долгов передается, обременяется или обесценивается принадлежащее ему имущество, насколько такие сдел4 ки клонятся к вреду верителя. Возмездный договор может быть признан по иску верителя недействительным лишь в том случае, если лица, с коими он заключен, знали о намерении должника избежать платежа долгов,

Комментируя указанные нормы, члены Редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского Уложения подчеркивали, что они имели в виду предоставить верителю право оспорить все сделки должника, направленные к тому, чтобы ослабить свою способность платежа и тем нанести вред верителям (кредиторам). В основе такого подхода лежало признание того, что имущество неоплатного должника, не покрывающее взыскание, есть в сущности уже чужое для должника; хотя он и числится еще хозяином этого имущества, но только формально, впредь до осуществления взыскания, по существу же вся ценность его принадлежит уже верителям'.

Требование кредитора (верителя) о признании сделок, совершенных должником, недействительными подлежало удовлетворению лишь при соблюдении следующих условий.

' Гражданское Уложение: Проект. Том второй. С. 253.

Во-первых, должно быть установлено, что договор, как сказано в проекте ГУ, клонится ко вреду верителя, т.е. именно этот договор был причиной возникновения или увеличения неплатежеспособности должника, причем достаточно доказать фактическую неплатежеспособность, нет надобности в объявлении должника несостоятельным (банкротом).

Во-вторых, невыгодность договора для кредиторов (верителей) должника, являющегося одной из сторон договора, не может сама по себе служить достаточным основанием к признанию договора недействительным и к уничтожению прав, вытекающих из этого договора для другой стороны. Для этого необходимо установить наличие умысла при заключении договора: что договор был заключен с целью избежать платежа долгов. При этом данное условие (умысел) рассматривалось российскими правоведами различно применительно к возмездным и безвозмездным договорам. Признание недействительным возмездного договора было возможно лишь при наличии умысла у обеих сторон: как у должника, так и у его контрагента по договору. Объяснялось это отсутствием справедливого основания при столкновении права, добросовестно приобретенного третьим лицом по возмездному договору, с правами кредиторов должника отдавать предпочтение последним. При оспариваний же безвозмездного договора достаточно было доказать умысел одного должника, так как право третьего лица (одаряемого), хотя бы и действовавшего добросовестно, по справедливости, должно уступить праву верителя, который в случае сохранения силы безвозмездным договором понес бы убытки, между тем как одаренный с признанием договора недействительным лишился бы только прибыли.

В-третьих, право на иск о признании сделок, совершенных должником, недействительными имели лишь те кредиторы, требования которых возникли ранее заключения должником оспариваемого договора, т.к. невозможно нарушение прав, еще не существующих.

Таковы основные правила по проекту Гражданского Уложения, регулирующие особый способ защиты прав кредитора, которого, увы, лишены кредиторы по действующему сегодня российскому гражданскому законодательству. Что же касается права кредитора требовать признания недействительным договора продажи предприятия, продавцом по которому выступает должник (ст. 562 ГК), то при определении обстоятельств, которые могут служить основанием для удовлетворения таких требований кредиторов, опыт российских дореволюционных правоведов может оказаться полезным.

В самом деле, и сегодня, с учетом действующего законодательства, при столкновении прав и интересов кредиторов должника (продавца предприятия) и добросовестного приобретателя (покупателя предприятия) нет никаких справедливых оснований отдавать предпочтение кредиторам. Сле-

довательно, иск кредитора о признании договора продажи предприятия недействительным может быть удовлетворен, если будет доказано, что покупатель умышленно способствовал должнику избежать обращения взыскания на этот имущественный комплекс или, по крайней мере, знал или должен был знать, что продажа предприятия приведет к фактической неплатежеспособности продавца или невозможности удовлетворения требований его кредиторов.

4. ЗАЩИТА СЛАБОЙ СТОРОНЫ В ДОГОВОРЕ

Одной из основных проблем, решаемых гражданским правом, является защита слабой сторолы в

договорном обязательстве. Реализация данной задачи требует формального отступления от одного из основных принципов гражданского законодательства – равенства участников гражданско-правовых отношений (ст. 1 ГК). Фактически же, предоставляя слабой стороне дополнительные права и соответственно возлагая на ее контрагента по договору дополнительные обязанности, ГК и другие законы тем самым обеспечивают на деле равенство участников таких договорных отношений.

В юридической литературе проблема защиты слабой стороны в договорном обязательстве иногда отождествляется с проблемой защиты кредитора. Так, С.А. Хохлов отмечал, что в обязательствах слабой стороной «реально является кредитор, потерпевший и другие лица, утратившие то, что им полагается по закону. Следует подчеркнуть, что защите подлежат имеющие права, а не те, кто их нарушил. С этой точки зрения должник вообще не должен защищаться правом. Можно говорить лишь об отсрочке исполнения, учете имущественного положения должника и о других способах смягчения для него последствий недолжного исполнения, применяемых в исключительных случаях и обусловленных особыми социальными обстоятельствами. Но по сути своей обязательственное право – это совокупность норм, направленных на защиту кредитора и устанавливающих правовые средства получения причитающегося ему по договору или внедо-говорному обязательству»'.

С позицией С.А. Хохлова нельзя не согласиться. Действительно, если говорить о защите гражданских прав, то речь может идти только о защите субъектов этих прав, каковыми в договорных обязательствах являются лишь кредиторы, а не должники, нарушившие обязательства. Однако мы в данном случае говорим о защите слабой стороны в договорном обязатель-

' См.; Гражданский кодекс РосЬийскоЙ Федерации. Часть вторая: Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского. С.А. Хохлова. М„ 1996. С. 236-237.

стве в широком смысле этого слова, имея в виду иной аспект данной проблемы.

Участники имущественного оборота, вступающие в договорные отношения, располагают различными средствами и возможностями влияния на формирование обязательства, обеспечение его исполнения и т.п. в силу различного их профессионального статуса или материального положения, а также других обстоятельств. Иногда указанные различия достигают степени несопоставимости, когда один из участников договора не располагает никакими возможностями оказывать какое-либо влияние на контрагента в целях исполнения вытекающего из договора обязательства. И напротив, другая сторона, располагая всеми реальными возможностями, в состоянии диктовать партнеру по договору свою волю. В самом деле, разве можно сравнить положение коммерческого банка и гражданина-вкладчика по договору банковского вклада? В подобных ситуациях, если не предпринять мер на уровне правового регулирования соответствующих правоотношений, сильная сторона в обязательстве полностью подчинит своей воле слабую сторону, а последняя попадет в рабскую зависимость к своему контрагенту. Понятное дело, при таком положении не может быть и речи ни о равенстве участников гражданских правоотношений, ни о принципе диспо-зитивности гражданского права, ни о свободе договора.

Следовательно, задача гражданского права состоит в «выравнивании» участников имущественного оборота путем установления для слабой стороны обязательства изначально иных, особых условий участия в договорных отношениях: льготного порядка заключения, изменения или расторжения договора, предоставления слабой стороне в обязательстве дополнительных прав и возложения на ее контрагента дополнительных обязанностей, ужесточения ответственности сильной стороны в обязательстве за его неисполнение либо ненадлежащее исполнение и, наоборот, ограничение

ответственности слабой стороны и т.п.

Иллюстрацией к сказанному может служить целый ряд норм, содержащихся в ГК, которые сформулированы применительно как к общим положениям о гражданско-правовом договоре и вытекающем из него обязательстве, так и в отношении отдельных видов договорных обязательств.

Так, необходимостью обеспечить надлежащую защиту прав слабой стороны в обязательстве продиктовано появление новых для гражданского права положений о публичном договоре и договоре присоединения.

Основной вопрос в определении гражданско-правового договора как публичного, с точки зрения обеспечения защиты прав слабой стороны вытекающего из него обязательства, заключается в выяснении правовых последствий такой квалификации.

Можно выделить четыре основных последствия для коммерческой организации, являющейся субъектом публичного договора:

1) для такой коммерческой организации исключается действие принципа свободы договора: она не вправе по своему усмотрению ни выбирать партнера, ни решать вопрос о заключении договора. Отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается. В противном случае, поведение коммерческой организации будет рассматриваться как необоснованное уклонение от заключения договора со всем комплексом вытекающих из этого факта негативных последствий;

2) коммерческая организация, являющаяся субъектом публичного договора, не вправе оказывать предпочтение кому-либо из обратившихся к ней потребителей в отношении заключения договора. Исключения из этого правила могут быть предусмотрены лишь законами и иными правовыми актами.

3) условия публичного договора (в том числе о цене на товары, работы, услуги) должны устанавливаться одинаковыми для всех потребителей, кроме тех случаев, когда законами и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей;

4) в отличие от обычных гражданско-правовых договоров, споры по условиям которых могут быть переданы сторонами на рассмотрение суда лишь при согласии обеих сторон, споры, связанные с заключением публичных договоров, а также разногласия сторон по отдельным условиям таких договоров должны разрешаться в судебном порядке независимо от того, имеется ли согласие на то обеих сторон.

В случае необоснованного уклонения коммерческой организации от заключения публичного договора такой договор может быть заключен в принудительном порядке по решению суда. Более того, потребитель вправе потребовать и взыскания убытков, вызванных уклонением от заключения договора.

Названные дополнительные обязанности коммерческой организации, выступающей субъектом публичного договора, ограничения ее волеизъявления имеют и обратную сторону, а именно: расширение прав контрагентов такой организации, в качестве которых выступают потребители (слабая сторона в обязательстве), и возможностей по их защите.

Так же как и публичный договор, отдельным типом гражданско-правового договора является договор

присоединения. Это понятие объединяет в единый тип те договоры, которые были заключены путем присоединения одной из сторон к условиям договора, определенным другой стороной в формулярах или иных стандартных формах.

Критерием выделения из всех гражданско-правовых договоров договоров присоединения является не существо возникших из него обязательств, как это имеет место при дифференциации договорных обязательств на отдельные виды договоров, и не характер деятельности одной из сторон (публичный договор), а способ заключения договора.

Две характерные особенности присущи всякому договору, который может быть квалифицирован как договор присоединения:

- во-первых, условия договора присоединения должны быть определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах. Следует иметь в виду, что к числу таких стандартных форм и формуляров не могут быть отнесены растиражированяые образцы текстов договоров, которые используются многими организациями. В этих случаях вторая сторона вправе заявить о разногласиях по отдельным пунктам или по всему тексту договора в целом, и в конечном итоге условия договора будут определяться в обычном порядке, т.е. по соглашению сторон;

- во-вторых, условия договора, определенные в соответствующем формуляре или содержащиеся в стандартной форме, могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к этим условиям. Это требование исключает возможность для сторон в договоре присоединения формулировать условия, отличные от выраженных в стандартной форме или формуляре, по их соглашению, а для присоединившейся стороны -также и саму возможность заявлять при заключении договора о разногласиях по его отдельным условиям.

Таким образом, дело стороны, присоединившейся к предложенному договору, – присоединиться к договору в целом (или не присоединиться к нему). Это ограничивает ее права, но значительно облегчает процесс заключения договора и оформления договорных отношений.

Юридические последствия квалификации договора как договора присоединения заключаются в наделении присоединившейся стороны (как правило, слабой стороны в обязательстве) правом требовать расторжения или изменения договора по особым основаниям, которые не признаются таковыми в отношении иных гражданско-правовых договоров.

Особые основания расторжения или изменения договора присоединения по требованию присоединившейся стороны заключаются в том, что присоединившаяся сторона вправе потребовать изменения или расторжения договора, если он лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств, либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора. Это обеспечи-

вает дополнительную защиту прав присоединившейся стороны, которая была лишена возможности участвовать в определении условий договора.

Обстоятельства, которые служат основанием для расторжения или из^ менения договора присоединения, не связаны с незаконностью договора или его отдельных условий, они скорее являются следствием формулирования условий в одностороннем порядке, в силу чего увеличивается

вероятность включения в договор присоединения условий, устанавливающих односторонние преимущества и льготы в отношении стороны, разрабатывающей условия договора, и, напротив, чрезмерно обременительных условий для присоединившейся стороны.

Если же говорить о конкретных видах договоров (купля-продажа, аренда, подряд и т.д.), то в ГК можно обнаружить целый ряд специально выделяемых их разновидностей, отличительным признаком которых является участие в соответствующих договорных обязательствах слабой стороны, в качестве которой, как правило, выступает гражданин-потребитель, а суть специальных правил, регулирующих указанные разновидности договоров, предопределяется в первую очередь необходимостью обеспечения' защиты (в широком смысле) слабой стороны в обязательстве, в каком бы, положении она ни оказалась (и кредитора, и должника). Подтверждением сказанного могут служить нормы, регламентирующие, к примеру, розничную куплю-продажу (разновидность договора купли-продажи) и проката (разновидность договора аренды).

Договор розничной купли-продажи представляет собой договор купли-продажи товара, по которому продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, обязуется передать покупателю товар, предназначенный для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью (п. I ст. 492 ГК).

Две характерные черты позволяют выделить договор розничной купли-продажи в самостоятельный вид договора купли-продажи.

Во-первых, необходимо отметить специфику продавца как субъекта договора розничной купли-продажи. В качестве такого продавца может' выступать только такая коммерческая организация, которая осуществляет предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу (торговое предприятие).

Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей» (ст. 7) установил обязанность торговых предприятий предоставлять потребителям необходимую информацию о продавце товара. В связи с этим торговые предприятия обязаны иметь вывеску с указанием профиля и форм организации их деятельности, фирменного наименования и информации о режиме работы. Непосредственно на вывеске должен быть указан также юридиче

ский адрес торгового предприятия либо местонахождение его собственника. Названные правила о предоставлении потребителю информации о продавце товара применяются и при осуществлении торговли во временных помещениях, на ярмарках, с лотков, а также в других случаях, если торговля производится вне постоянного нахождения торгового предприятия.

Во-вторых, определенными особенностями обладает и товар, выступающий в качестве предмета купли-продажи. Специфика товара по договору купли-продажи заключается в том, что он предназначен для личного семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью.

Договор купли-продажи признается публичным договором. Это означает, что торговое предприятие не вправе отказаться от заключения договора при наличии соответствующего товара. Цена товара, а также иные условия договора купли-продажи должны быть одинаковыми для всех потребителей.

Договор розничной купли-продажи по способу заключения относится к категории договоров присоединения. Факт заключения договора розничной купли-продажи удостоверяется выдачей

продавцом покупателю кассового или товарного чека либо иного документа, подтверждающего оплату товара. С выдачей такого документа законодатель связывает также и момент заключения договора розничной купли-продажи. Однако отсутствие у покупателя чека или иного документа, подтверждающего оплату товара, не лишает его возможности ссылаться на свидетельские показания, чтобы подтвердить как факт заключения договора, так и его условия (ст. 493).

Кодекс содержит нормы, детализирующие содержащееся в части первой ГК положение о публичной оферте (ст. 437). Применительно к розничной купле-продаже содержащее все существенные условия договора розничной купли-продажи предложение товара в его рекламе, каталогах и описаниях, обращениях к неопределенному кругу лиц признается публичной офертой. Более того, предложение товара продавцом в ряде случаев может быть признано публичной офертой и при отсутствии каких-либо указаний на цену товара или иные существенные условия договора купли-продажи. Так. во всяком случае публичной офертой признаются выставление в месте продажи (на прилавках, витринах и т.п.) товаров, демонстрация их образцов или предоставление сведений о продаваемых товарах (описаний, каталогов, фотоснимков) в месте их продажи, если только продавец явно не определил, что соответствующие товары не предназначены для продажи (ст. 494). Признание такого предложения публичной офертой означает, что продавец, выставивший товар, обязан заключить договор на указанных в предложении условиях с любым и каждым, кто отзовется на это предложение.

Покупатель по договору розничной купли-продажи имеет право на получение информации о продаваемом товаре. Продавец соответственно обязан предоставить покупателю необходимую и достоверную информацию о товаре, который предлагается к продаже. Эту обязанность продавец должен исполнить в соответствии с установленными законом, иными правовыми актами и обычно предъявляемыми в розничной торговле требованиями к содержанию и способом предоставления покупателю информации о товаре.

Следует отметить, что право покупателя на получение от продавца информации о товаре было предусмотрено Законом Российской Федерации «О защите прав потребителей» (ст. 8). Положения названного Закона сохраняют действие и в настоящее время. Вместе с тем в Кодексе содержатся некоторые новые положения, укрепляющие позиции покупателя, т.е. слабой стороны в обязательстве. К их числу относятся: во-первых, положение о том, что непредставление продавцом информации о товаре признается необоснованным уклонением торгового предприятия от заключения договора розничной купли-продажи и влечет за собой обязанность торгового предприятия возместить покупателю причиненные этим убытки; норма об ответственности продавца (торгового предприятия), не предоставившего покупателю возможность получить соответствующую информацию о товаре, за недостатки товара, возникшие после его передачи покупателю, в отношении которых покупатель докажет, что убытки возникли у него в связи с отсутствием необходимой информации о товаре (п. 4 ст. 495).

Ряд норм Кодекса посвящены договорам розничной купли-продажи с отдельными нетипичными условиями. В частности, договор розничной купли-продажи может быть заключен с условием, что товар будет принят покупателем в определенный договором срок, в течение которого продавец не может продать этот товар другому покупателю (ст. 496). Для подобных ситуаций предусмотрены правила, изложенные в виде диспозитивных норм. Первое состоит в том, что неявка покупателя за товаром в срок, установленный договором, или несовершение им действий, необходимых для

принятия товара в этот срок, могут рассматриваться продавцом как отказ покупателя от исполнения договора. Суть второго правила заключается в том, что дополнительные расходы продавца на обеспечение передачи товара покупателю через определенный период времени в срок, установленный договором, должны включаться непосредственно в цену товара.

Особые правила установлены ГК также в отношении договора розничной купли-продажи, заключаемого на основании ознакомления покупателя с образцом товара (его описанием, каталогом товаров и т.п.), предложенным продавцом. В этом случае договор будет считаться исполненным продавцом с момента доставки товара в место, указанное в договоре, а при отсутствии в договоре соответствующего условия – с момента доставки

товара покупателю: гражданину – по месту его жительства; юридическому лицу – по месту его нахождения. Кроме того, предусмотрено, что реализация покупателем права на отказ от исполнения такого договора возможна при условии возмещения им продавцу необходимых расходов, понесенных последним в связи с совершением действий по выполнению договора.

Впервые на законодательном уровне регулируются отношения, складывающиеся между продавцом и покупателем при продаже товаров с использованием автоматов (ст. 498). В этих случаях определенные обязанности возлагаются и на владельцев соответствующих автоматов, которые должны довести до сведения покупателей информацию о продавце товаров: о его фирменном наименовании, месте его нахождения, режиме работы, а также о тех действиях, которые должен совершить покупатель, чтобы получить продаваемый товар. Такая информация может быть доведена до покупателя путем помещения соответствующих сведений на автомате либо иным образом.

В отличие от общих положений о заключении договора купли-продажи и специальных правил, регулирующих заключение договора розничной купли-продажи, договор розничной купли-продажи с использованием автоматов считается заключенным с момента совершения покупателем действий, необходимых для получения товара. Если, несмотря на совершение указанных действий, покупателю не удается получить оплаченный товар, к примеру вследствие неисправности автомата, он вправе потребовать от продавца незамедлительно предоставить товар либо возвратить оплаченную сумму.

Договор розничной купли-продажи может быть заключен с условием о доставке товара покупателю (ст. 499). При таких обстоятельствах продавец должен доставить товар в место, указанное покупателем, а если оно не определено, – по месту жительства гражданина либо по месту нахождения юридического лица. Доставка товара должна быть осуществлена в срок, предусмотренный договором.

Особым образом регулируется и момент исполнения договора с условием о доставке товара покупателю. Таковым признается момент вручения товара покупателю либо иному лицу, предъявившему квитанцию или иной документ, свидетельствующий о заключении договора либо оформлении доставки товара.

Основной обязанностью покупателя по договору розничной купли-продажи является оплата приобретенного товара. Особенностью этого договора по сравнению с общими положениями о купле-продаже является особый подход к формулированию последствий неисполнения покупателем своей обязанности по оплате товара по договорам розничной купли-

продажи товаров с условием о предварительной оплате товаров, а, также с условием о продаже товаров в кредит.

В первом случае неоплата покупателем товара расценивается как его отказ от исполнения договора без применения последствий в виде возмещения убытков в связи с неисполнением договора.

Во втором случае неоплата покупателем товаров, проданных ему в кредит, не влечет его обязанность уплатить продавцу проценты, предусмотренные ст. 395 ГК.

С помощью специальных правил, исключающих применения ст. 475 ГК, регулируются права покупателя по договору розничной купли-продажи в случае продажи ему товара ненадлежащего качества (ст. 503).

Как общее правило установлено, что независимо от характера недостатков товара покупатель вправе по своему выбору потребовать от продавца: замены недоброкачественного товара товаром надлежащего качества;

соразмерного уменьшения покупной цены; незамедлительного безвозмездного устранения недостатков товара; возмещения расходов на устранение недостатков товара. Изъятие в виде ограничения одного из правомочий покупателя установлено лишь в отношении технически сложного либо дорогостоящего товара: замены такого товара покупатель может требовать только в случае существенного нарушения требований к его качеству.

Вместо предъявления указанных требований к продавцу покупатель может отказаться от исполнения договора и потребовать возврата уплаченной за товар суммы.

Учитывая, что к данным правоотношениям наряду с ГК применяется также Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей», следует отметить, что потребитель вправе предъявить требования о безвозмездном устранении недостатков или возмещении расходов по их устранению, либо о замене товара не только продавцу, но и изготовителю товара либо специально созданной изготовителем для этих целей организации (ст. 17 Закона).

Дополнительной защитой интересов покупателей по договору розничной купли-продажи служат правила, определяющие порядок возмещения разницы в цене при замене товара, уменьшении покупной цены и возврате товара ненадлежащего качества (ст. 504). При замене недоброкачественного товара не подлежит возмещению разница между ценой товара, установленной договором и существующей на момент замены товара. Однако данное правило не применяется, если вместо недоброкачественного товара покупатель получает аналогичный товар, но иной по размеру, фасону, сорту или другим признакам.

Покупатель же при возврате продавцу товара ненадлежащего качества вправе во всех случаях требовать возмещения разницы между ценой това

ров, установленной договором розничной купли-продажи, и ценой соответствующего товара на момент добровольного удовлетворения его требования либо вынесения решения судом.

И еще одно изъятие из общих правил предусмотрено нормами ГК о договоре розничной купле-продаже. Как известно, в случае неисполнения должником обязательства возмещение им убытков и уплата неустойки освобождают его от исполнения обязательства перед кредитором в натуре (ст. 396 ГК). Применительно к договору розничной купли-продажи продавец, не исполнивший обязанности по передаче покупателю товара, возместивший в связи с этим убытки и уплативший покупателю неустойку, не освобождается от исполнения этой обязанности в натуре (ст. 505).

И последнее замечание. Необходимо обратить внимание на то, что к отношениям по договору розничной купли-продажи с участием покупателя гражданина, не урегулированным ГК, применяются законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ними (п. 3 ст. 492). Кроме того, в соответствии со ст. 9 Федерального закона «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» гражданин, выступающий в роли покупателя по договору розничной купли-продажи, пользуется не только правами стороны в обязательстве в соответствии с Кодексом, но и правами, предоставленными потребителю Законом «О защите прав потребителей» и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами.

Договор проката представляет собой договор аренды, по которому арендодатель, осуществляющий сдачу имущества в аренду в качестве постоянной предпринимательской деятельности, обязуется предоставить арендатору движимое имущество за плату во временное владение и пользование (ст. 626 ГК).

Договору проката присущи некоторые характерные признаки, позволяющие выделить его в отдельный вид договора аренды.

Во-первых, в качестве арендодателя по договору проката могут выступать не любые коммерческие организации, а только те из них, которые осуществляют сдачу имущества в аренду в качестве постоянной предпринимательской деятельности, т.е. речь идет о коммерческих организациях, профессионально занимающихся прокатом имущества.

Во-вторых, как общее правило имущество, предоставленное по договору проката, должно использоваться для потребительских целей, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа обязательства. Поэтому арендатором по договору проката в основном выступают граждане, которым соответствующее имущество понадобилось для личного, семейного, домашнего и иного подобного использования. Арендатором могут быть также юридические лица и индивидуальные предприниматели,

но для них исключается возможность использования полученного в прокат имущества для извлечения прибыли.

В-третьих, договор проката отнесен к категории публичных договоров (п. 3 ст. 626). Это означает, что коммерческая организация, выступающая в роли арендодателя, при наличии возможности предоставить в прокат требуемое имущество не вправе отказать обратившемуся к ней лицу в заключении договора проката или оказать предпочтение кому-либо в отношении заключения договора. Условия договора проката, в том числе об арендной плате, должны устанавливаться одинаковыми для всех арендаторов, кроме тех случаев, когда законами и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Лица, выступающие в роли потенциальных арендаторов, вправе передать на рассмотрение суда споры как о понуждении арендодателя к заключению договора проката, так и о разногласиях по отдельным условиям договора.

В-четвертых, договор проката, в отличие от договора аренды имущества, ни при каких условиях не может носить характер бессрочного обязательства. Более того, в императивном порядке определен максимальный срок действия такого договора – один год (п. 1 ст. 627).

В-пятых, к обязательствам, возникшим из договора проката, не подлежат применению предусмотренные общими положениями об аренде (ст. 621) правила о возобновлении договора аренды на неопределенный срок и о преимущественном праве арендатора на возобновление договора

аренды.

В-шестых, договор проката может быть расторгнут по инициативе арендатора в любое время при условии письменного предупреждения арендодателя о своем намерении отказаться от договора не менее чем за десять дней.

Учитывая публичный характер договора проката. Кодекс возлагает на арендодателя ряд дополнительных обязанностей. В частности, арендодатель, заключивший договор проката, должен в присутствии арендатора проверить исправность сдаваемого в аренду имущества, ознакомить арендатора с правилами его эксплуатации либо передать вместе с имуществом инструкцию о правилах его использования. Арендодатель обязан устранить обнаруженные арендатором недостатки в сданном в аренду имуществе не позже чем в десятидневный срок со дня получения заявления арендатора либо заменить его аналогичным имуществом в исправном состоянии. Правда, если арендодателю удастся доказать, что недостатки в арендованном имуществе возникли в результате нарушения арендатором правил эксплуатации и содержания имущества, арендодатель вправе потребовать возмещения за счет арендатора стоимости ремонта и транспортировки имуще

ства. На арендодателя также возложена обязанность осуществлять прокат имущества (п. 1 ст. 631). -„

Что касается обязанностей арендатора по договору проката, то они сводятся к своевременному перечислению арендодателю арендной платы и соблюдению правил пользования арендованным имуществом. Арендные платежи определяются в договоре проката в твердой сумме и вносятся арендатором периодически или единовременно.

Как отмечалось, арендатор вправе отказаться от договора проката и досрочно возвратить арендованное имущество. В этом случае арендодатель должен возвратить ему часть арендной платы, исчисляемую со дня, следующего после возврата имущества арендатором.

Таким образом, при регулировании как договора розничной купли-продажи, так и договора проката (к этому можно добавить и договор бытового подряда, и договор банковского вклада и некоторые другие) Кодекс обеспечивает дифференцированную регламентацию условий участия сторон в договорных отношениях, отдавая при этом предпочтение слабой стороне соответствующего обязательства.

5. ПРОБЛЕМЫ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ДОГОВОРА

В последние годы в практике арбитражных судов отмечается устойчивая тенденция роста числа споров, связанных с признанием сделок недействительными и применением последствий ничтожных сделок. Ежегодный прирост дел этой категории составляет 10-12 процентов'. Данное обстоятельство объясняется, с одной стороны, активным использованием участниками имущественного оборота указанного способа защиты нарушенных гражданских прав. Вместе с тем, с другой стороны, приведенные статистические данные не могут не вызывать тревогу. Судебная практика свидетельствует о том, что нередко этот способ защиты используется недобросовестными должниками в целях избежания ответственности в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением договора.

Как известно, в соответствии со ст. 12 Гражданского кодекса Российской Федерации признание

оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, а также применение последствий недействительности ничтожной сделки являются одним из способов защиты субъективных гражданских прав.

Отмеченная тенденция роста количества дел, связанных с признанием сделок недействительными и применением последствий недействительности ничтожных сделок, роль и значение этого способа защиты нарушенных

' См., например: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №3. С. 102.

гражданских прав нашли адекватное выражение в постановлении Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Достаточно сказать, что в десяти из шестидесяти пунктов указанного постановления содержатся различные разъяснения практики применения положений Кодекса об основаниях и последствиях недействительности сделок. Некоторые из этих положений заслуживают пристального внимания, ибо они имеют принципиальное значение для судебной Практики.

В частности, учитывая, что Кодекс не исключает возможности предъявления исков о признании недействительной ничтожной сделки, в постановлении от 1 июля 1996 г. № 6/8 содержится разъяснение, согласно которому споры по таким требованиям подлежат разрешению судом в общем порядке по заявлению любого незаинтересованного лица. Принимая во внимание, что удовлетворение требования о признании недействительной ничтожной сделки должно сопровождаться применением последствий недействительности ничтожной сделки, постановление разъясняет, что указанные требования могут быть предъявлены в предусмотренный п. 1 ст. 181 ГК срок исковой давности (десять лет), установленный в отношении требований о применении последствий недействительности ничтожных сделок (п. 32 постановления).

Заслуживают внимания также некоторые разъяснения Пленумов Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и Верховного Суда Российской Федерации, представляющие собой судебное толкование норм ГК о различных основаниях недействительности сделок, совершенных коммерческими организациями и иными участниками имущественного оборота за пределами их правоспособности.

Как известно, коммерческие организации, за исключением унитарных предприятий и иных организаций, предусмотренных законом, в соответствии со ст. 49 ГК наделены общей правоспособностью и, следовательно, могут осуществлять любые виды предпринимательской деятельности, не запрещенные законом. Вместе с тем в учредительных документах таких коммерческих организаций может содержаться исчерпывающий перечень видов деятельности, которыми соответствующая организация вправе заниматься. В подобных случаях сделки, совершенные указанными коммерческими организациями в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в их учредительных документах, являются оспоримыми и могут быть признаны судом недействительными на основании ст. 173 ГК по иску таких коммерческих организаций либо их учредителей (участни

ков), если будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать о ее незаконности.

Что же касается унитарных предприятий, а также других коммерческих организаций, в отношении

которых законом предусмотрена специальная правоспособность (например, банки, страховые организации), то совершаемые ими сделки, которые противоречат определенным законом целям деятельности таких организаций, являются ничтожными на основании ст. 168 ГК (п. 18 постановления),

В связи с тем что в соответствии с п. 4 ст. 66 ГК государственные органы и органы местного самоуправления не вправе выступать участниками хозяйственных обществ и вкладчиками в товариществах на вере, если иное не установлено законом, судам предложено исходить из того, что недействительными на основании ст. 168 ГК являются также сделки, связанные с приобретением государственными органами или органами местного самоуправления, не уполномоченными на то в соответствии с законом, акций акционерных обществ либо доли в уставном капитале иных хозяйственных обществ (п. 26 постановления).

Можно отметить также разъяснения, касающиеся оценки сделок, совершенных филиалами и представительствами юридических лиц. Кодексом предусмотрено, что представительства и филиалы не являются юридическими лицами, их руководители назначаются юридическим лицом и действуют на основании его доверенности (п. 3 ст. 55). Соответствующие полномочия руководителя филиала (представительства) должны быть удостоверены доверенностью и не могут основываться лишь на указаниях, содержащихся в учредительных документах юридического лица, положении о филиале (представительстве) и т.п., либо явствовать из обстановки, в которой действует руководитель филиала.

Необходимостью избежать чисто формального подхода к оценке сделок, совершенных руководителями филиалов (представительств), продиктовано включение в постановление разъяснения, в соответствии с которым при разрешении спора, вытекающего из договора, подписанного руководителями филиала (представительства) от имени филиала и без ссылки на то, что договор заключен от имени юридического лица по его доверенности, судам следует выяснять, имелись ли у руководителя филиала (представительства) на момент подписания договора соответствующие полномочия, выраженные в Положении о филиале и доверенности. Сделки, совершенные руководителем филиала (представительства) при наличии таких полномочий, следует считать совершенными от имени юридического лица.

Необходимо также учитывать, что руководитель филиала (представительства) вправе передоверить совершение действий, на которые он уполномочен доверенностью, другому лицу с соблюдением правил, предусмот-

ренных ст. 187 ГК, к числу которых относится и требование о нотариальном удостоверении доверенности, выдаваемой в порядке передоверия (п. 20 постановления).

И наконец, последнее из числа разъяснений, касающихся положений о недействительности сделок, содержащихся в постановлении Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996г. №6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», которые заслуживают отдельного рассмотрения.

В соответствии со ст. 30 Закона Российской Федерации «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации» сделки приватизации признаются недействительными, в частности, в случаях, когда покупатель отказался от внесения платежа за

приобретенный им объект приватизации, а также в случаях нарушения условий, на которых объект приватизации был приобретен по конкурсу. Очевидно, однако, что указанные обстоятельства не могут рассматриваться в качестве оснований для признания сделки недействительной, поскольку они не могли иметь место при ее совершении. Речь идет о существенном нарушении условий договора одной из сторон, что является основанием для расторжения договора купли-продажи приватизированного объекта судом по требованию другой стороны.

Вместе с тем по общему правилу, предусмотренному п. 4 ст. 453, при расторжении договора стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по обязательству до момента изменения или расторжения договора, если иное не установлено законом или соглашением сторон, Означает ли это, что проданный в порядке приватизации объект, который, скажем, не был оплачен покупателем, не может быть возвращен продавцу?

В постановлении содержится вывод о том, что указанное общее последствие расторжения договора в подобных ситуациях не подлежит применению, поскольку отношения сторон регулируются специальным правилом (пусть даже и не вполне корректным), предусмотренным законом о приватизации. Суть соответствующего разъяснения заключается в следующем.

В связи с тем что признание сделки приватизации недействительной влекло бы за собой возврат сторон в первоначальное положение, при расторжении договора купли-продажи приватизированного объекта стороны вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по договору купли-продажи до момента его расторжения (п. 59 постановления).

Конечно же теми вопросами, в отношении которых в настоящее время имеются соответствующие официальные разъяснения, далеко не исчерпы

вается круг проблем, возникших в судебной практике в процессе применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации об основаниях и последствиях недействительности сделок.

К примеру, требует своего окончательного разрешения проблема «конкуренции», с одной стороны, иска собственника имущества о признании оспоримой сделки недействительной либо о применении последствий недействительности ничтожной сделки, а с другой стороны, виндикацион-ного иска. Данная проблема возникает всякий раз, когда собственник имущества вместо виндикационного иска использует иск о признании оспоримой сделки недействительной либо о применении последствий недействительности ничтожной сделки в качестве способа защиты нарушенного права собственности. Подобные ситуации имеют место, например, в случаях, когда лицо, обладающее чужим имуществом, полученным от собственника на ограниченном вещном праве или в силу договора, отчуждает это имущество, несмотря на то что указанное лицо не было уполномочено законом или договором на осуществление прав распоряжаться имуществом.

К примеру, в соответствии со ст. 295 ГК государственное или муниципальное предприятие вправе распоряжаться недвижимым имуществом только с согласия собственника. Если же такое предприятие заключает договор купли-продажи, предметом которого является передача покупателю принадлежащей предприятию недвижимости, без согласия собственника, мы имеем перед собой сделку, противоречащую закону, а поэтому являющуюся ничтожной. В этом случае собственник вправе предъявить к продавцу и покупателю требование о двусторонней реституции, т.е. о возврате каждой из сторон своему контрагенту всего полученного по договору в этом и будут состоять

последствия недействительности ничтожной сделки.

Аналогичным образом могут быть защищены права собственника в ситуации, когда в качестве продавца выступает арендатор его имущества. Причем, на наш взгляд, то обстоятельство, что покупатель может оказаться в роли добросовестного приобретателя, в отношении которого закон не допускает виндикации, не должно служить препятствием для предпринятия собственником иска о последствиях недействительности ничтожной сделки.

Однако нельзя не заметить в данном случае определенную конкуренцию способов защиты нарушенного права: с одной стороны, виндикацион-ный иск, а с другой – иск, связанный с недействительностью сделки.

Иногда в арбитражно-судебной практике возникает вопрос, как оценивать действия собственника, не располагающего правом истребовать имущество у добросовестного приобретателя, но обращающегося в арбитражный суд с иском о применении последствий недействительности ничтожной сделки, что приведет (в случае удовлетворения иска) к изъятию имущества у добросовестного приобретателя.

Представляется, что правильным был бы следующий ответ. Во-первых, недействительная сделка с момента ее заключения не порождает никаких правовых последствий, а стало быть, и титула собственника у добросовестного приобретатели.

Во-вторых, в отличие от изъятия имущества по виндикационному иску применение последствий недействительности сделки не ведет к ущемлению законных интересов добросовестного приобретателя, если брать во внимание его положение до заключения сделки, поскольку двусторонняя реституция возвращает его в аналогичное положение.

В-третьих, гражданское право не ограничивает собственника в выборе способа защиты нарушенного права и не ставит использование общих способов защиты гражданских прав в зависимость от наличия возможности использовать специальные вещно-правовые способы защиты,

В-четвертых, право на использование предусмотренных законодательством способов защиты по своей природе является субъективным правом, а в соответствии со ст. 9 ГК граждане и юридические лица осуществляют принадлежащие им гражданские права по своему усмотрению. В связи с этим вопрос о том, какой из способов защиты нарушенного права собственности может быть применен в конкретной ситуации, должен решать сам собственник.

И наконец, в-пятых, с точки зрения формально-юридической фигура добросовестного приобретателя появляется лишь в правоотношениях, возникающих в связи с предъявлением собственником имущества виндикаци-онного иска (ст. 301, 302 ГК). Что касается норм об основаниях и последствиях недействительности сделок, то Кодекс, по общему правилу (ст. 167), не ставит применение последствий недействительности сделки в форме реституции в зависимость от добросовестности сторон, совершавших сделку, и не пользуется термином «добросовестный приобретатель».

Данный подход представляется вполне приемлемым в случае, когда речь идет об одной сделке, совершенной лицом, не имеющим права отчуждать имущество (скажем, арендатором). Вопрос же о необходимости защиты законных интересов приобретателя возникает, как правило, в отношении третьих лиц, получающих имущество на основе последующих (второй, третьей, четвертой и т.д.) сделок. Необходимо заметить, что в подобных ситуациях опасения, вызываемые широким

применением собственником такого способа защиты, как признание всех совершенных сделок по отчуждению его имущества недействительными, представляются совершенно оправданными.

В целях защиты интересов-третьих лиц и обеспечения в целом устойчивости имущественного оборота было бы целесообразным установить ограничения в использовании такого способа защиты нарушенного субъек

тивного права собственности, как признание сделок недействительными и применение последствий недействительности ничтожных сделок в отношении последующих (кроме первой) сделок с чужим имуществом.

Такого рода ограничения можно найти, к примеру, в кн. 3 Гражданского кодекса Нидерландов, где предусмотрено правило, согласно которому «права, добросовестно приобретенные третьими лицами, иначе как безвозмездно, на имущество, которое было предметом недействительной сделки, остаются в силе» (п. 5 ст. 45)'.

Видимо, аналогичная норма была бы уместной и в Гражданском кодексе Российской Федерации. В настоящее же время можно предложить прерывать цепочку признаваемых по иску собственника недействительными сделок с его имуществом, исходя из того, что при недействительности уже первой такой сделки приобретатель имущества лишен возможности возвратить полученное в натуре, поскольку имущество находится у третьих лиц. В этом случае в соответствии с п. 2 ст. 167 ГК собственнику, обратившемуся с иском о признании сделки недействительной, придется ограничиться возмещением стоимости утраченного в результате недействительности сделки имущества в деньгах.

Следующий круг проблем, возникших в арбитражно-судебной практике в связи с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации об основаниях и последствиях недействительности сделок, имеет особое значение, ибо их решение оказывает непосредственное влияние на признание роли договора, обеспечение стабильности договорных связей и устойчивости имущественного оборота. Речь идет о применении названных законоположений в ситуациях, когда требование о признании сделки недействительной, а также о применении последствий недействительности ничтожной сделки либо доводы о недействительности совершенной сделки используются недобросовестной стороной в гражданско-правовом договоре в качестве способа защиты от требований контрагента, исполнившего свои договорные обязательства, о применении к недобросовестной стороне установленных законом или договором мер имущественной ответственности.

Можно привести целый ряд примеров решений арбитражных судов (в том числе и Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации), когда гражданско-правовые договоры (в особенности займа, поручительства) признавались недействительными, как ничтожные сделки, противоречащие закону (ст. 168 ГК), по искам акционерных обществ, не исполнивших свои обязательства2.

' См.: Гражданский кодекс Нцдерландов. Кн. 2, 3, 5, б и 7. Лецден, 1996. С. 190.

См., например: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 5. С. 62; № 10. С. 106; № 11. С. 72.

В качестве основания таких исков наиболее часто используется аргумент о том, что руководитель юридического лица, заключая договор, действовал с превышением полномочий, предусмотренных

уставом. К примеру, акционерные общества, созданные в ходе приватизации, добиваясь признания сделок недействительными, ссылаются на пункты устава, соответствующие Типовому уставу акционерного общества, утвержденному Указом Президента Российской Федерации от 1 июля 1992 г. № 721 «Об организационных мерах по преобразованию государственных предприятий, добровольных объединений государственных предприятий в акционерные общества», которые относят к исключительной компетенции общего собрания акционеров принятие решений о продаже, сдаче в аренду, обмене или ином распоряжении имуществом общества, составляющим более 10 процентов его активов (п. 6.3 Типового устава), а к компетенции Совета директоров – определение политики и принятие решений, касающихся получения и выдачи ссуд, займов, кредитов, гарантий (п. 9.3 Типового устава).

Подобные аргументы можно было бы не принимать во внимание, имея в виду, что в таких случаях мы имеем дело со специальным основанием недействительности оспоримой сделки, когда полномочия органа юридического лица ограничены его учредительными документами по сравнению с тем, как они определены в законе (ст. 174 ГК). Ведь в соответствии с законом решение названных вопросов не входит в компетенцию ни общего собрания, ни совета директоров акционерного общества (ст. 103 ГК).

Однако арбитражно-судебная практика пошла по другому пути: принимая во внимание юридическую силу Указа от 1 июля 1992 г. № 721, который издан в период, когда Президент Российской Федерации был наделен полномочиями по изданию указов, имеющих силу закона: в подобных ситуациях договоры, заключенные акционерными обществами, признаются ничтожными сделками по основаниям, предусмотренным ст. 168 ГК.

Подобная арбитражно-судебная практика продолжает иметь место по спорам, возникшим из договоров, заключенных акционерными обществами до 1 января 1996 г., т.е. до введения в действие Федерального закона «Об акционерных обществах». Основывается она на применении особенностей правового положения акционерных обществ, созданных в процессе приватизации государственных и муниципальных предприятий, которые были установлены законодательством о приватизации,

Как известно, в соответствии со ст. 96 (п. 3) ГК особенности правового положения акционерных обществ, созданных путем приватизации государственных и муниципальных предприятий, определяются также (помимо Кодекса) законами и иными правовыми актами о приватизации этих предприятий. Указанная формулировка действительно давала арбитражно-судебной практике возможность сделать вывод о том, что сделки, совер

шенные руководителями таких акционерных обществ с превышением их полномочий, предусмотренных Типовым уставом, противоречат закону. Хотя Указ Президента Российской Федерации от 1 июля 1992 г. № 731 (даже имеющий силу закона) в соответствии со ст. 3 ГК относится лишь к категории правовых актов, но в совокупности с названным положением п. 3 ст. 96 ГК его требования рассматриваются арбитражными судами как требования закона.

Таким образом, имеющийся сегодня подход со стороны арбитражно-судебной практики, заключающийся в признании ничтожными сделок, заключенных руководителями акционерных обществ с нарушением полномочий общего собрания акционеров и совета директоров, предусмотренных Типовым уставом, имеет право на существование. Впрочем, можно было бы не менее аргументирование обосновать и другой подход, суть которого заключается в возможности применения в подобных случаях оснований недействительности сделок, предусмотренных не ст. 168

ГК, а ст. 174 Кодекса. И нам представляется, что с точки зрения признания роли договора и обеспечения стабильности договорных отношений последний вариант был бы предпочтительнее,

В связи с этим возникает еще один вопрос: как долго, до какого момента к акционерным обществам, созданным в ходе приватизации, должны применяться предусмотренные законодательством о приватизации особенности, делающие договорные отношения с указанными акционерными обществами такими хрупкими и ненадежными? В Гражданском кодексе этот момент не был определен. Поэтому по договорам, заключенным до 1 января 1996 г., арбитражные суды применяют названные особенности во всех случаях, когда хотя бы одна акция соответствующего акционерного общества – участника договорных отношений принадлежит государству или муниципальному образованию.

Федеральный закон «Об акционерных обществах» урегулировал этот вопрос, что конечно же является его заслугой. Как известно, в соответствии с п. 5 ст. 1 Федерального закона особенности правового положения акционерных обществ, созданных при приватизации государственных и муниципальных предприятий, действуют с момента принятия решения о приватизации до момента отчуждения государством или муниципальным образованием 75 процентов принадлежащих им акций в таком акционерном обществе, но не позднее окончания срока приватизации, определенного планом приватизации.

Вместе с тем, решив один вопрос, Федеральный закон «Об акционерных обществах» породил ряд новых проблем в деле обеспечения стабильности договорных отношений, которые уже не связаны с особенностями правового положения какой-то одной категории акционерных обществ, а носят генеральный характер.

Имеются в виду содержащиеся в Федеральном законе положения о т.н. «крупных сделках» и порядке их заключения. Спору нет, выделение из числа всех договоров крупных сделок, возможные сбои в исполнении которых могут привести к банкротству акционерного общества, и определение специального порядка принятия решений о совершении таких сделок (соответственно общим собранием акционеров либо советом директоров) -вещь абсолютно необходимая. Однако с точки зрения юридической техники сделано это в тексте Федерального закона «Об акционерных обществах» небрежно. К крупным сделкам, связанным с приобретением или отчуждением акционерным обществом имущества, отнесены в том числе сделка или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением или отчуждением либо возможностью отчуждения обществом прямо или косвенно имущества, стоимость которого составляет более 25 процентов балансовой стоимости активов общества на дату принятия решения о заключении таких сделок, за исключением сделок, совершаемых в процессе осуществления обычной хозяйственной деятельности.

Вместе с тем при этих условиях можно теоретически обосновать отнесение к разряду крупных сделок практически любой сделки, совершенной акционерным обществом. Допустим, что акционерное общество в лице его руководителя выступило поручителем за третье лицо (должника) по кредитному договору, заключенному на незначительную сумму, не сравнимую с четвертью балансовой стоимости активов акционерного общества поручителя. Однако длительная отсрочка в возврате заемщиком кредита может привести к многократному возрастанию общей суммы его задолженности перед кредитором, который к тому же располагает правом предъявить требования о взыскании предусмотренной договором неустойки и возмещении причиненных убытков, включая упущенную выгоду. Как известно, в соответствии со ст. 363 ГК поручитель отвечает перед кредитором в том же

объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Допустим, что в договоре поручительства отсутствуют какие-либо ограничения ответственности поручителя. В итоге кредитор предъявит к поручителю – акционерному обществу исковые требования о взыскании суммы, превышающей 25 процентов балансовой стоимости его активов. Защищаясь от такого иска, поручитель обязательно вспомнит ст. 78 Федерального закона «Об акционерных обществах» и будет просить суд признать договор поручительства недействительной сделкой, поскольку эта сделка связана с возможностью отчуждения (косвенно) имущества путем обращения на него взыскания, стоимость которого превышает предел, за

которым для совершения соответствующей сделки необходимо решение совета директоров. Что и требовалось доказать!

Таким образом, анализируемые положения Федерального закона «Об акционерных обществах» создают реальную угрозу для стабильности договорных отношений и, стало быть, для нормального имущественного оборота. Данные законоположения, безусловно, нуждаются в уточнении. А пока остается надеяться, что судебная практика пойдет по пути их ограничительного толкования.

Не может вызвать тревогу складывающаяся практика применения ст. 174 ГК. Нормы данной статьи представляют собой новеллы гражданского законодательства, направленные на обеспечение стабильности договорных отношений. Положения указанной статьи строятся на презумпции добросовестности контрагента, вступающего в договорные отношения с юридическим лицом через его соответствующий орган и ориентирующегося при этом на компетенцию этого органа (должностного лица), определенную в законе или в доверенности. То обстоятельство, что соответствующий орган (должностное лицо), заключая договор, выходит за пределы полномочий, ограниченных в уставе юридического лица или в его ином учредительном документе, само по себе не может опорочить совершенную сделку, Для этого требуется представить доказательства, подтверждающие, что контрагент по договору заведомо знал или должен был знать об этих ограничениях. При этом бремя доказывания возлагается на обращающееся с иском юридическое лицо, в интересах которого установлены указанные ограничения.

Вместе с тем можно привести примеры разрешения подобных споров Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации, когда в качестве основания для признания договора недействительным в соответствии со ст. 174 ГК признавалось наличие в уставе соответствующего юридического лица записи о том, что его руководитель, подписывая договор, действует на основании устава. Так, в одном из постановлений Высшего Арбитражного Суда, принятых в порядке надзора, указывается, что «из этой записи следует, что другая сторона в сделке должна была ознакомиться с текстом устава общества, чтобы выяснить, имеются ли у председателя правления закрытого акционерного общества полномочия на заключение договора залога недвижимого имущества». Поскольку председатель правления не был наделен полномочиями совершать такие сделки, на основании ст. 174 Гражданского кодекса Российской Федерации данный договор является недействительной сделкой»'.

Нельзя не заметить, что при таком подходе анализ действительного волеизъявления сторон и их действий по заключению договора подменяет-

' См: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 7. С. 44.

ся сугубо формальной констатацией обязанности сторон, вступающих в договорные отношения, тщательно изучить учредительные документы друг друга, ибо практически во всех договорах имеется «дежурная» фраза о том, что представитель стороны, заключая договор, действует от имени юридического лица на основании его устава или его доверенности.

Таким образом, смысл норм, содержащихся в ст. 174 ГК, меняется на прямо противоположный: уже добросовестная сторона должна доказывать, что она не имела возможности ознакомиться с учредительными документами контрагента (а как это можно доказать?!). Вместо реализации задачи обеспечения стабильности договорных отношений путем всемерного усложнения процесса оспаривания совершенной сделки мы получаем дополнительное средство защиты недобросовестных участников имущественного оборота, которые, не исполнив обязательства, могут добиться практически автоматического признания договора, исполненного контрагентом, недействительной сделкой.

Если же оценивать ситуацию, подобную той, которая составила фабулу дела, рассмотренного Президиумом Высшего Арбитражного Суда российской Федерации, не с сугубо формальных позиций, а с точки зрения реального волеизъявления сторон, то следует сделать вывод, что указывая в тексте договора, что он действует на основании устава акционерного общества, его руководитель правления сообщал контрагенту ложные сведения, ибо он наверняка должен был знать об ограничениях собственных полномочий, содержащихся в уставе. Иными словами, руководитель акционерного общества не только не поставил контрагента в известность по поводу данных обстоятельств, но и сознательно исключил такую возможность, сославшись на то, что его действия по заключению договора основаны на

уставе акционерного общества.

В данном случае будет уместна цитата из книги В.М. Хвостова «Система римского права», изданной в 1908 г.: «Ради прочности оборота поэтому необходимо иногда связывать лицо, изъявляющее волю, не его внутренней волею, а волею, как она представилась адресату... При оборотных сделках' лицо, изъявившее волю, несогласную с его действительной волей... связано изъявленной волей в том виде, как ее содержание мог понять адресат, относясь к ней, со своей стороны, с должным вниманием. Это имеет место, в особенности, в том случае, когда неверное содержание воли, принятое адресатом за правильное, может быть вменено в вину автору изъявления воли»2.

' Под оборотными сделками В.М, Хвостов понимал сделки, составляющие деловой,

имущественный и возмездный оборот.

2 Хвостов В.М. Система римского права: Учебник. М., 1996. С. 152 (по четвертому

изданию 1908г.).

Более того, В.М. Хвостов считал, что «лицо, сознательно умолчавшее в целях обмана о том, что оно не имеет в виду действительно заключить сделку, о которой идет речь, должно исполнить сделку, если адресат не мог догадаться о несерьезности сделанного ему изъявления воли»'.

В арбитражно-судебной практике возникли и более общие вопросы, связанные с оценкой действий руководителей и других органов и должностных лиц, выступающих от имени юридических лиц. Начнем с того, что далеко не во всех случаях указанные действия рассматриваются в качестве действий представителя юридического лица. Так, при рассмотрении одного из дел Президиум

Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации констатировал, что заместитель руководителя юридического лица, не располагавший полномочиями, основанными на уставе либо доверенности, тем не менее действовал, подписывая договор займа, как орган юридического лица, наделенный соответствующими полномочиями2.

Представляется, однако, что, оценивая действия руководителя юридического лица или иного должностного лица по заключению сделок, мы не можем выходить за рамки правоотношений, регулируемых нормами о представительстве и доверенности. Руководитель юридического лица является его законным представителем, т.е. он вправе совершать сделки от имени юридического лица без доверенности. Что же касается иных должностных лиц, то совершать сделки от имени юридического лица они вправе не в качестве органа юридического лица, а лишь как его представители, располагающие соответствующими полномочиями, основанными на доверенности или учредительных документах этого юридического лица. Если же такие лица совершают сделки при отсутствии указанных полномочий либо при их превышении, то в соответствии со ст. 183 ГК соответствующая сделка может создавать, изменять и прекращать гражданские права и обязанности для представляемого (юридического лица) лишь при условии его последующего одобрения сделки.

Кстати сказать, практически во всех случаях, когда совершенные сделки признавались недействительными, в том числе и в связи с тем, что руководители и другие представители юридических лиц действовали с превышением полномочий, речь шла о сделках, обязательства по которым были исполнены одной из сторон, не представившей, однако, доказательства прямого письменного одобрения контрагентом совершенной сделки.

Возникает вопрос; насколько правомерно применять положения о недействительности сделок к фактически исполненным договорам, когда обращающаяся в арбитражный суд сторона является исключительно должником? Следует ли в подобных ситуациях требовать от добросовестного

' Хвостов В.М. Система римского права. С. 153. 2 См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 8. С. 9.

контрагента представления еще каких-либо доказательств, подтверждающих письменное одобрение должником совершенной сделки?

Думается, что таким доказательством одобрения сделки (вполне достаточным) может служить принятие контрагентом исполнения обязательства, предложенного добросовестной стороной. К примеру, Г.Ф. Шершене-вич допускал такую возможность. Он считал, что «последующее согласие может быть явно выражено или может также быть выведено из действий, т.е. то лицо, в интересе которого была совершена сделка, может или прямо одобрить действия лица, взявшего на себя роль представителя, и принять их на свой счет, или присвоить себе результаты, вытекающие из действий этого лица... Было бы в высшей степени несправедливо подвергать третьих лиц опасности опровержения сделки со стороны представляемого под тем предлогом, что она выходит за пределы полномочия, когда сделка оказалась для него невыгодной»'.

Необходимо также отметить, что проблема ущемления интересов, добросовестной стороны в результате возможного признания недействительным исполненного ею договора находилась в центре внимания российских дореволюционных юристов при подготовке проекта Гражданского Уложения. Во всяком случае, проект книги V Гражданского Уложения «Обязательственное право», внесенный 14 октября 1913 г. в Государственную думу, включал в себя следующее положение: «Возражение о

недействительности договора может быть предъявляемо до тех пор, пока существует право требовать исполнения основанных на договоре обязательств (часть третья ст. 32)2.

И наконец, последнее замечание относительно практики арбитражных судов, связанной с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации об основаниях и последствиях недействительности сделок. Допуская, с одной стороны, чрезмерно широкое применение указанных положений в отношении договоров, исполненных одним из контрагентов, с другой стороны, арбитражно-судебная практика не использует все реальные возможности применения норм о недействительных сделках в ситуа-' циях, когда незаконность совершенных сделок представляется очевидной. Прежде всего, речь идет о трактовке понятия «сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов». В качестве таковой, как правило, признается лишь сделка, которая не соответствует прямым предписаниям законодательства.

' Шершемвич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907г.). С.132.

2 См.: ГерценбергВ.Э., Перетерский И.С. Обязательственное право: Гражданское Уложение. Книга V. СПб., 1914. С. 6.

Если же такие прямые предписания отсутствуют, а тем не менее противоправность сделки не вызывает сомнений, в лучшем случае предпринимаются попытки косвенным образом «подвести» эту сделку под конкретную правовую норму, что далеко не во всех случаях является бесспорным.

По поводу таких сделок (совершенных в обход закона) В,М. Хвостов писал: «Желая достичь цели, противной закону, стороны заключают сделку, не подходящую по букве под текст закона, но ведущую к достижению того практического результата, с которым борется закон... Такие сделки ничтожны, ибо нормы права должны применяться не по букве своей, а согласно с их целью»'.

Что же мешает в настоящее время квалифицировать сделку, совершенную в обход закона, как сделку, не соответствующую требованиям закона? Видимо, решающим является то обстоятельство, что действующий Гражданский кодекс не включает в себя соответствующее понятие. В то же время юристы помнят, что ст. 30 Гражданского кодекса 1922 г. особо выделяла такие виды противозаконных сделок, как: сделки, противные закону;

сделки, совершенные в обход закона, т.е. облеченные внешней видимостью законности при фактически противозаконном их содержании; а также сделки, направленные к явному ущербу для государства.

Однако не следует забывать, что понятие «сделка, совершенная в обход закона» отсутствовало уже в тексте Гражданского кодекса 1964 г. И между прочим, обращая внимание на данное обстоятельство, О.С. Иоффе счел необходимым заметить, что отсюда не следует, что классификация противозаконных сделок, имевшаяся в ГК 1922 г., «утратила теоретическое значение и лишена какого бы то ни было практического смысла. Напротив, проводимое в теории различие между сделками этих видов позволит и на практике не забывать о том, что противозаконны не только сделки, с очевидностью нарушающие закон, но и такие, незаконность которых тщательно замаскирована или заключается в явной ущербности для интересов государства и общества»2.

6. ЗАЩИТА ПРАВ УЧАСТНИКОВ ИМУЩЕСТВЕННОГО ОБОРОТА В ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ

В последние годы актуальное значение для практики приобрели вопросы, связанные с защитой прав предпринимателей и организаций от незаконных действий налоговых, таможенных органов, органов Пенсионного фонда, ценообразования, Федерального казначейства и других государст-

' Хвостов В.М. Указ. соч. С. 154.

2 См.; Иоффе О.С; Толстой Ю.К. Новый Гражданский кодекс РСФСР, Л.: Изд-во

ЛГУ, 1965. С. 61.

венных органов, обладающих административными полномочиями. Еще пять лет назад такие проблемы не попадали в сферу внимания государственных арбитражей, поскольку споры с участием указанных государственных органов были исключены из числа споров, подведомственных государственным арбитражам.

Однако введение в действие нового законодательства о собственности заставило государственные арбитражи отказаться от позиции стороннего наблюдателя, так как деятельность названных государственных органов по применению к участникам имущественного оборота экономической (финансовой) ответственности, т. е- взысканию с них в бесспорном порядке недоимок по налогам и иным обязательным платежам, а также различных финансовые санкций с обращением взыскания на их имущество, не могла не затрагивать субъективные гражданские права этих лиц. Продолжение политики невмешательства в данные административно-правовые отношения со ссылкой на неподведомственность соответствующих споров означало бы отказ от выполнения основных задач государственных арбитражей (а затем и арбитражных судов) по обеспечению зашиты прав и законных интересов организаций и предпринимателей.

Поэтому сначала в практике государственных арбитражей, а затем и в арбитражно-процессуальном законодательстве, регулирующем деятельность арбитражных судов, появились новые категории споров с участием налоговых и иных административных (контролирующих) государственных органов.

В настоящее время в соответствии со ст. 22 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (АПК РФ) к числу дел, подведомственных арбитражным судам, относятся: споры о признании недействительными (полностью или частично) ненормативных актов государственных органов (включая контролирующие органы), не соответствующих законам и иным правовым актам и нарушающих права и законные интересы организаций и граждан; о признании не подлежащим исполнению исполнительного или иного документа, по которому взыскание производится в бесспорном порядке; о возврате из бюджета денежных средств, списанных органами, осуществляющими контрольные функции, в бесспорном порядке с нарушением требований закона или иного нормативного правового акта.

Таким образом, предприниматели или организации, чьи права нарушены незаконными действиями налоговых и иных административных органов, могут использовать следующие способы защиты нарушенных прав:

признание акта соответствующего органа о применении финансовой ответственности

недействительным; возврат из бюджета списанных сумм; признание не подлежащим исполнению инкассового поручения соответствующего государственного органа, по которому взыскание должно быть

произведено банком в бесспорном порядке, что может по сути рассматриваться в качестве такого способа защиты, как пресечение нарушения гражданского права; и наконец, возмещение убытков, включая упущенную выгоду, причиненных незаконными действиями налоговых и иных государственных органов.

Арбитражные суды рассматривают тысячи дел с участием налоговых и других контролирующих органов. Интересно отметить, что, согласно статистическим данным, в большинстве случаев иски налогоплательщиков, например, удовлетворяются полностью либо частично.

При рассмотрении таких дел арбитражным судам зачастую приходится сталкиваться с проблемами, возникающими на стыке частноправовых и публично-правовых отношений. С особыми, а часто непреодолимыми трудностями, встречается арбитражно-судебная практика в ситуациях, когда имеются противоречия между публично-правовыми нормами, которыми руководствуются в своей деятельности государственные органы, и гражданско-правовыми нормами, регламентирующими деятельность участников имущественного оборота. Более того, анализ законодательства и арбит-ражно-судебной практики свидетельствует о реальной опасности разруше-здия довольно высокой степени защиты прав участников имущественного оборота, обеспечиваемой гражданским правом, отраслями законодательства, относящимися к публичному праву, и прежде всего налоговым законодательством. Некоторые нормы налогового законодательства способны свести к нулю права организаций и предпринимателей, предоставленные им гражданским правом.

Так, одним из основных положений гражданского права является принцип свободы договора. Одно из необходимых условий действия названного принципа в имущественном обороте заключается в том, что сторонам должна быть предоставлена возможность определять условия договора по своему усмотрению, за исключением только тех случаев, когда соответствующие условия предписаны законом или иным правовым актом. Существенным условием практически всякого договора в сфере предпринимательства является условие о цене за товары, работы или услуги. По общему правилу данное условие устанавливается в договоре по соглашению сторон. Изъятие из этого правила составляют лишь случаи государственного регулирования цен, которые могут быть предусмотрены только законом. Таким образом, стороны в договоре должны самостоятельно по соглашению между собой определять цену (тарифы, расценки и т.п.), по которым производятся расчеты за проданные товары, выполненную работу или оказанные услуги.

Однако в налоговом законодательстве имеются нормы, препятствующие использованию сторонами договорных цен и по существу ориентй-

рующие их на опережающее повышение договорных цен против среднерыночных. В частности, в соответствии с п. 5 ст. 2 Закона Российской Федег рации «О налоге на прибыль предприятий и организаций»' для предприятий, осуществляющих прямой обмен или реализацию продукции (работ, услуг) по ценам не выше себестоимости, под выручкой для целей налогообложения понимается сумма сделки, которая определяется исходя из рыночных цен реализации аналогичных продукции, работ, услуг, применявшихся на момент исполнения сделки.

Можно привести и другие примеры, иллюстрирующие сказанное. В практике налоговых органов

находят широкое применение меры по бесспорному взысканию недоимки по платежам в бюджет в виде обращения взыскания на суммы, причитающиеся недоимщику от его дебиторов.

Между тем, как представляется, бесспорное списание соответствующих сумм со счетов дебиторов по инкассовому поручению налоговой инспекции противоречит гражданскому законодательству и по существу лишает организацию, выступающую в роли дебитора налогоплательщика, возможности защищать свои права, вытекающие из гражданско-правового обязательства,

В последнее время в сфере налогового законодательства принят ряд нормативных актов, перечеркивающих принципиальные положения Гражданского кодекса, регулирующие договор банковского счета, и превращающих коммерческие банки из равноправного партнера по договору практически в контролирующий орган. К числу таких актов, к примеру, относится Указ Президента Российской Федерации от 18 августа 1996г. № 1212 «О мерах по повышению собираемости налогов и других обязательных платежей и упорядочению наличного и безналичного денежного обращения»2. Несмотря на имеющиеся в тексте Указа ссылки на отдельные положения Гражданского кодекса, которые действительно данным Указом не нарушены, в нем содержатся нормы, которые противоречат основным положениям Кодекса, регулирующим договор банковского счета, и прежде всего п. 3 ст. 845, согласно которому банк не вправе определять и контролировать направления использования денежных средств клиента и устанавливать другие, не предусмотренные законом или договором банковского счета ограничения его права распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению.

Между тем в названном Указе Президента Российской Федерации, который, не являясь законом, не может устанавливать никаких ограничений прав владельца банковского счета по распоряжению находящимися на нем

' См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного

Совета Российской Федерации. 1992. № 11. Ст. 525.

2 См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 35. Ст. 4144.

денежными средствами, можно найти немало положений, противоречащих ГК, Так, в соответствии с п. 3 Указа денежные средства, поступающие на любые счета (кроме т.н. счета недоимщика) предприятий-недоимщиков в банках или иных кредитных организациях, в том числе на счета их представительств и филиалов, а также находящиеся на этих счетах остатки денежных средств, за исключением средств, направляемых на оплату расчетных документов первой и второй групп очередности платежей, установленной ст. 855 ГК, а также средств целевого бюджетного финансирования и остатков средств на бюджетных счетах, полностью перечисляются на счет недоимщика. Банкам и иным кредитным организациям разрешено отказывать в совершении операций по счетам предприятий-недоимщиков.

Еще дальше пошли ведомственные нормативные акты. Достаточно вспомнить нашумевшую историю с печально известным письмом Минфина, Федеральной налоговой службы и Центрального банка Российской Федерации от 22 августа 1996 г., разъясняющим подведомственным организациям. как обходить нормы Гражданского кодекса об очередности списания денежных средств с банковских счетов организаций.

Эта история началась с изменения порядка очередности списания денежных средств со счета в банке.

Речь идет о Федеральном законе от 18 июля 1996 г. «О внесении изменений и дополнения в п. 2 ст. 855 Гражданского кодекса Российской Федерации»'. Согласно этому закону, при недостаточности денежных средств на банковском счете организации в третью (привилегированную, стоящую перед бюджетом) очередь банками должно производиться списание по платежным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору (контракту), а также по отчислениям в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации и Государственный фонд занятости населения Российской Федерации.

За этим последовало печально известное письмо Министерства финансов, Федеральной налоговой службы и Центрального банка Российской Федерации от 22 августа 1996 г., зарегистрированное Министерством юстиции2, в соответствии с которым очередность списания денежных средств с банковского счета, установленная ст. 855 ГК, не применяется к налоговым платежам, которые должны вноситься в первоочередном порядке. В ответ последовали постановления Государственной Думы от 11 октября 1996 г. «О порядке применения п. 2 ст. 855 Гражданского кодекса РоссиЙ-

' Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 34. Ст. 4025. 2 Вестник Банка России. 1996. № 43.

ской Федерации» и «Факте грубого неисполнения ст. 855 Гражданского кодекса Российской Федерации»'. И конца этой истории не видно.

Действия названных ведомств можно объяснить (ни в коем случае не оправдать, ибо закон есть закон!) лишь как шаг отчаяния. Совершенно же очевидно, что неуклонное применение новой редакции п. 2 ст. 855 ГК (что должны обеспечить все банки и все государственные органы) ведет к разрушению государства, т.к. не имея поступлений в бюджет, государство не сможет содержать всю бюджетную сферу; заранее обречены на неудачу любые попытки реформирования экономики, т.к. производители теперь будут работать исключительно на зарплату для своих работников; практически неразличимой становится грань между хорошо и плохо работающими предприятиями.

И еще один пример; на этот раз из области таможенного законодательства. Указом Президента Российской Федерации от 18 августа 1996 г. № 1209 «О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок»2, действие которого, судя по названию, должно было быть ограничено внешнеторговыми сделками, предусматривающими обмен эквивалентными по стоимости товарами, работами, услугами, результатами интеллектуальной деятельности, т.е. именно бартерными сделками, к числу которых, как известно, не относятся сделки, предусматривающие использование при их осуществлении денежных или иных платежных средств, установлена обязанность российских организаций, экспортирующих товары, работы или услуги по сделкам, предусматривающим осуществление расчетов в денежных или иных платежных средствах, обеспечить возврат этих средств на свои счета в уполномоченных банках в сроки, предусмотренные паспортом соответствующей внешнеторговой сделки (п. 4). При этом таможенным органам и участникам внешнеторговых сделок предписано исходить из того, что обязательное зачисление на счета в уполномоченных банках валютной выручки от экспорта товаров в установленном порядке является требованием таможенного режима экспорта товаров в соответствии со ст. 98 Таможенного кодекса Российской Федерации (п. 7 Указа). Эти положения Указа открыли возможность для таможенных органов применять жесточайшие штрафы за нарушения таможенного режима, предусмотренные ст. 273 Таможенного кодекса Российской Федерации, к российским организациям,

экспортирующим товары, работы, услуги, в том числе и в случаях просрочки оплаты проданных товаров, выполненных работ, оказанных услуг со стороны их иностранных контрагентов по внешнеторговым контрактам. Нетрудно заметить, что при этом нарушаются принципиальные основы правового регулирования внешнеторгового обо-

' Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 43. Ст. 4870-^871. 2 Там же. 1996. № 35. Ст. 4141.

рота. Вмешательство государства в договорные отношения, регулируемые международным частным правом, вряд ли послужит стимулом для развития внешней торговли.

Можно привести и другие, не столь яркие факты, иллюстрирующие процесс разрушения частно-правовых принципов нормами публичного права.

К примеру, письмами и разъяснениями Государственной налоговой службы. Министерства финансов и Центрального банка Российской Федерации были установлены запреты в отношении банков-кредиторов получать на ссудный счет и использовать для погашения обязательств заем и денежные средства, перечисляемые банку контрагентами заемщика в оплату полученных от него товаров, работ, услуг в соответствии с условиями заключенных между ними договоров. В противном случае налоговыми органами к банкам применяется ответственность, предусмотренная ст. 15 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы Российской Федерации». Об этом, в частности, говорится в письме Федеральной государственной налоговой службы. Министерства финансов и Центрального банка Российской Федерации от 5 мая 1996 г. «Об операциях по счетам в коммерческих банках»', в соответствии с которым банки и иные кредитные организации не имеют права зачислять средства, получаемые организациями, предприятиями в виде оплаты за полученную продукцию (работы, услуги) от внереализационных операций, на ссудные счета. В противном случае коммерческим банкам угрожают серьезные меры воздействия, вплоть до отзыва лицензии.

А между тем Гражданским кодексом (ст. 313) установлено, что исполнение обязательства (в нашем случае обязательство заемщика по возврату кредита) может быть возложено должником на третье лицо. Причем в этом случае кредитор (т.е. коммерческий банк) обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом. Следовательно, с точки зрения гражданского права действия банка, принимающего на ссудный счет и засчитывающего в погашение задолженности по кредиту деньги, перечисленные контрагентом заемщика за поставленные последним товары, выполненные работы или оказанные услуги, безупречны. Более того, банк кредитор в такой ситуации не вправе поступать иначе!

Кстати сказать, практика налоговых органов по применению в подобной описанной ситуации к банкам ответственности, предусмотренной ст. 15 Закона российской Федерации «Об основах налоговой системы», противоречит и самой названной статье. Там говорится буквально следующее: «В случае неисполнения (задержки исполнения) по вине банка или кредитного учреждения платежного поручения налогоплательщика с этого

См.; Экономика и жизнь. 1996. № 22.

учреждения взыскивается в установленном порядке пени... начиная с установленного срока уплаты выявленной задержанной суммы налога». Поэтому для применения этой ответственности необходимо иметь в совокупности как минимум два обстоятельства: платежное поручение налогоплательщика и наличие денежных средств на его счете, обеспечивающих выполнение этого поручения. Очевидно,

что иные действия банка (даже если они нам не нравятся!) не могут влечь ответственности, предусмотренной данной статьей. В противном случае мы окажемся на пути расширительного толкования правовых норм об административной ответственности, что неминуемо приведет к ущемлению прав граждан и организаций.

Что касается арбитражно-судебной практики, то она, как уже было отмечено, как правило, исходит из приоритета публично-правового регулирования над частно-правовым, т.е. налогового законодательства над гражданским. В этом нетрудно убедиться, ознакомившись, к примеру, с постановлениями Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по налоговым и таможенным спорам, которые регулярно публикуются в журнале «Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

Однако в некоторых случаях Высший Арбитражный Суд Российской Федерации давал арбитражным судам разъяснения, основанные на компромиссном толковании как публично-правовых, так и частно-правовых норм.

Так, на одном из совещаний,, состоявшихся в Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации, рассматривался вопрос о том, возможно ли и в каком объеме применение установленной законом ответственности за нарушения налогового законодательства к организациям, созданным в результате преобразования предприятий, допустивших соответствующие нарушения. В результате обсуждения арбитражным судам даны следующие рекомендации.

В соответствии с Законом «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»' налогоплательщиками являются юридические и физические лица, другие налогоплательщики, на которых в соответствии с законодательством возложена обязанность уплачивать налоги. Налогоплательщик, нарушивший налоговое законодательство, несет ответственность, предусмотренную налоговым законодательством.

При реорганизации юридического лица к вновь возникшему юридическому лицу переходят права и обязанности реорганизованного юридического лица в соответствии с передаточным актом или разделительным балансом.

' Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета российской Федерации. 1992. № 11. Ст. 527.

Если на момент реорганизации имущество реорганизуемого юридического лица уже было обременено обязательствами перед бюджетом по уплате недоимок и финансовых санкций, эти обязательства наравне с обязательствами перед другими кредиторами должны быть включены в разделительный баланс или передаточный акт. Поэтому вновь созданное юридическое лицо, являющееся правопреемником реорганизованного юридического лица, обязано уплатить как эту недоимку по налогу, так и санкции, предусмотренные налоговым законодательством.

Реорганизация юридического лица может быть осуществлена по решению его учредителей (участников) либо органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами. О предстоящей реорганизации налогоплательщик обязан сообщить налоговым органам в десятидневный срок с момента принятия решения о реорганизации.

Если налоговый орган, несмотря на такое сообщение, до окончания процесса реорганизации и составления разделительного баланса (передаточного акта) не выявил оставшиеся у реорганизуемого

юридического лица недоимки, к вновь созданному юридическому лицу впоследствии не может применяться ответственность за нарушения налогового законодательства, допущенные реорганизованным юридическим лицом и выявленные после образования нового юридического лица. Однако в этом случае сумма недоимки может быть взыскана, поскольку она представляет собой задолженность перед государством независимо от того, была ли эта задолженность

выявлена на момент реорганизации1,

Следует отметить, что в отдельных случаях Высший Арбитражный Суд Российской Федерации занимал позицию, в полной мере обеспечивающую реализацию частно-правовых принципов. К примеру, на одном из заседаний Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассматривался вопрос о возможности участия филиалов акционерных обществ в формировании резервных фондов акционерных обществ за счет валовой прибыли филиалов, которые, как известно, в соответствии с налоговым законодательством являются самостоятельными налогоплательщиками наряду с юридическими лицами. Дело в том, что в соответствии с законодательством о налоге на прибыль валовая прибыль до налогообложения уменьшается на сумму отчислений в резервные фонды, создаваемые организациями, для которых предусмотрено создание таких фондов. Согласно разъяснению Государственной налоговой службы Российской Федерации и Министерства финансов России от 14 сентября 1993 г. формирование резервных фондов установлено для акционерных обществ и связано с величиной их уставного капитала. Поскольку филиалы не образуют устав"

' См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1995. № 11. С. 86-87.

ного капитала, льготы по налогообложению прибыли на них не распространяются.

Арбитражно-судебная практика также исходила из того, что лишь акционерные общества вправе уменьшать валовую прибыль на суммы, отчисляемые в резервный фонд. За филиалами такое право не признавалось, поскольку они являются самостоятельными налогоплательщиками.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации признал необходимым изменить арбитражно-судебную практику. Филиал -обособленное подразделение акционерного общества, имущество филиала, включая всю валовую прибыль, принадлежит акционерному обществу на праве собственности. Собственник вправе владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом по своему усмотрению, за исключением случаев, предусмотренных законом. В действующем законодательстве отсутствуют нормы, запрещающие акционерному обществу распоряжаться валовой прибылью своих филиалов путем ее использования для формирования резервных фондов. Поэтому льготы по налогообложению, предусмотренные в отношении средств акционерного общества, за счет которых образуются резервные фонды, должны распространяться и на средства, полученные филиалами.

Решению проблем, вызванных противоречиями между административно-правовыми нормами, могло бы способствовать точное и последовательное применение положений, содержащихся в ст. 2 ГК, согласно которой к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством.

Именно исходя из этих положений, арбитражно-судебной практикой не были восприняты многочисленные предложения, касающиеся возможности применения процентов за пользование

чужими денежными средствами (ст. 395 ГК) в случаях, когда акт налогового или иного государственного органа, послуживший основанием для взыскания в бюджет сумм недоимок и финансовых санкций, впоследствии признается арбитражным судом недействительным. В данном случае арбитражные суды имеют дело с налоговыми (административно-правовыми) отношениями, и в то же время как в гражданском, так и в налоговом (административном) законодательстве отсутствуют какие-либо положения, предусматривающие начисление на суммы, возвращаемые из бюджета, процентов за пользование чужими денежными средствами.

Несмотря на непрерывно увеличивающееся число конфликтов между частно-правовыми и публично-правовыми положениями в российском за

конодательстве и правоприменительной практике, а также обострение существующих между ними противоречий, приобретающих иногда угрожающие размеры, данная проблема не получила адекватного отражения ни в законодательстве, ни в правовой доктрине.

В связи с этим нельзя не согласиться с мнением В.Ф. Яковлева о необходимости «объединения цивилистов и публичников, то есть тех, кто работает в сфере частного и публичного права, потому что без установления оптимального соотношения между тем и другим сколько-нибудь совершенного механизма регулирования экономических отношений нет и быть не может»'.

В.Ф. Яковлев предлагает и пути решения проблемы устранения противоречий между публично-правовым и частно-правовым регулированием имущественных отношений. По его мнению, при этом можно говорить по крайней мере о трех задачах. Во-первых, установление оптимального соотношения и взаимодействия публично-правового и частно-правового регулирования экономических отношений в целом. Речь идет об обеспечении пропорционального использования для экономического регулирования наряду с гражданским также и административного, финансового, налогового законодательства. Во-вторых, надо учитывать имеющее место проникновение одного в другое, в частности наличие элементов публично-правового регулирования в гражданском законодательстве: положения о лицензировании отдельных видов предпринимательской деятельности, о принудительной реорганизации юридических лиц, о государственной регистрации юридических лиц и сделок с недвижимостью и т.д. И наконец, в-третьих, важная задача – четко разграничить предметы и сферы применения публичного и частного права2.

Что касается содержательной стороны определения оптимального соотношения между частно-правовым и публично-правовым регулированием, то в статье В.Ф. Яковлева приводятся примеры, свидетельствующие о том, что формальное применение норм гражданского права без учета публично-правовых правил может привести к разрушению основ государственного устройства. «Например, в судебной практике вырисовывается проблема огромного значения, – пишет В.Ф. Яковлев, – связанная с тем, что через судебные решения можно полностью разрушить государственный бюджет -как его доходную часть, так и расходную... стали предъявляться иски о взыскании из государственного бюджета средств, которые в нем не заложены. Иски предъявляются и гражданами, и юридическими лицами в порядке защиты прав по Гражданскому кодексу на основании соответствую-

' Яковлев В.Ф. Гражданский кодекс и государство // Вестник Высшего Арбитражного Суда российской Федерации. 1997. № 6. С, 136. 2 См. там же. С. 136-138.

щих законов или правительственных постановлений. Это касается законов о ветеранах, о

чернобыльцах, нормативных актов о передаче социально-культурной сферы и жилищ муниципальным образованиям и т.д. Реализация этих актов часто бюджетом не обеспечена, в нем не предусмотрено выделение соответствующих средств. Но иски предъявляются в соответствии с законом. Как быть судам? Видимо, надо удовлетворять эти требования. Но тогда от бюджета ничего не останется. А бюджет – это тоже закон. И в бюджете нет лишних средств»*.

Обеспокоенность автора по поводу возможности разрушения государственного бюджета нам понятна. Но в целом постановка проблемы в такой интерпретации вызывает сомнения.. Получается, что участники имущественного оборота могут требовать взыскания с государства только тех средств, которые выделены по бюджету. Выходит, что государство в лице его органов, разрабатывая и принимая бюджет, ежегодно само определяет пределы своей ответственности. А между тем эти пределы ответственности государства установлены законом. В частности, в соответствии со ст. 16 ГК (императивная норма!) убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в том числе издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежат возмещению Российской Федерацией, соответствующим субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием.

Возникает и более общий вопрос: могут ли суды делить законы на удачные и неудачные, на подлежащие и не подлежащие применению? Такой подход лишил бы законодателя возможности выявлять недостатки в принятых законах, многие из которых проявляются лишь в процессе их? применения, и, стало быть, совершенствовать законодательство, Очевидно, к примеру, что, если какой-либо закон не обеспечен финансированием, надо добиваться его пересмотра, а не корректировать его судебными решениями. Для законодателя же дополнительным стимулом могла бы служить судебная практика, связанная с точным и неуклонным применением соответствующего законодательного акта.

И наконец, самые принципиальные вопросы, решение которых может быть положено в основу определения оптимального соотношения частноправового и публично-правового регулирования экономических отношений. Что следует признать первичным, приоритетным: интересы государства, его властных структур или интересы общества; текущее правовое регулирование, имеющее конкретной целью формирование бюджета государст-

1 Яковлев В.Ф. Гражданский кодекс и государство. С. 136-137,

ва на очередной год, или стабильные правила, регулирующие имущественный оборот; приспосабливать ли текущее регулирование к стабильным правилам имущественного оборота или всякий раз, решая ту или иную оперативную задачу, изменять принципиальные положения правового регулирования имущественного оборота? Ответы на эти вопросы нам представляются очевидными, а сами вопросы риторическими.

Добавим к этому, что история развития человечества дает нам много примеров, свидетельствующих о том, к каким последствиям приводит пренебрежительное отношение к частно-правовому регулированию экономических отношений. Достаточно вспомнить историю последних восьми десятилетий нашей многострадальной страны, когда большую часть этого периода отвергалось, в том числе и в экономике, все частное и безраздельно господствовало публично-правовое регулирование, а затем (в последнее десятилетие) регулирование имущественного оборота осуществлялось законами-

однодневками, выполнявшими скорее политические задачи, а не роль правил, регулирующих имущественный оборот.

Теперь же, когда, наконец, появились так необходимые обществу стабильные правила, регламентирующие имущественный оборот, мы бьем тревогу по поводу неудобств не приспособившегося к ним публично-правового регулирования!

Если же говорить о конкретных путях решения задачи определения оптимального соотношения частно-правового и публично-правового регулирования, то, на наш взгляд, имеющиеся проблемы во взаимодействии публично-правовых и частно-правовых норм требуют авторитетного судебного толкования в виде совместного постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Такое толкование призвано не только дать разъяснения по практике применения законодательства, но и заложить принципиальные основы, определяющие порядок применения в судебной практике положений публичного права, не корреспондирующих частно-правовым нормам. Например, представляется очевидной необходимость ограничить применение публично-правовых норм, разрушающих принципы частного права: равенство участников гражданско-правовых отношений; неприкосновенность собственности; свобода договора; недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела; необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав; обеспечение восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

Целесообразно также в одном из федеральных конституционных законов предусмотреть механизм устранения противоречий между публично-правовыми и частно-правовыми нормами на стадии подготовки и принятия соответствующих законопроектов. Этого можно добиться путем установ-

ления законоположения, в соответствии с которым нормы публичного права, изменяющие частно-правовые отношения, могут быть введены в действие лишь после соответствующего изменения законодательства, регулирующего эти частно-правовые отношения, и, напротив, введение в действие новых частно-правовых норм должно сопровождаться (при необходимости) изменением и публично-правового регулирования соответствующих отношений.

7. ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАЩИТЫ УЧАСТНИКОВ ИМУЩЕСТВЕННОГО ОБОРОТА

Процессуально-правовые отношения не являются предметом данного исследования, однако некоторые проблемы процессуального законодательства, оказывающие влияние на степень судебной защиты гражданских прав, не могут быть обойдены вниманием.

Прежде всего с точки зрения процессуального обеспечения защиты прав участников имущественного оборота нас будут интересовать некоторые вопросы подведомственности соответствующих дел арбитражным судам и судам общей юрисдикции, поскольку, как правильно отмечал В.П. Грибанов, «от правильного решения вопроса о подведомственности споров зависит обеспечение реальности и гарантированное™ прав граждан и организаций»'.

Подведомственность дела суду (арбитражному суду), т.е. его компетенция в сфере осуществления правосудия, относится к числу вопросов, входящих прежде всего в сферу процессуального права. Однако нельзя исключить связь вопросов подведомственности дел по спорам, касающимся защиты прав участников имущественного оборота, с материальным (гражданским) правом, которое также

включает в себя определенные нормы, не свободные от процессуальных правил. Примером могут служить нормы, содержащиеся в Гражданском кодексе, предусматривающие, что защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд, а защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом; решение, принятое в административном поряд-' ке, может быть обжаловано в суд (ст. 11 ГК).

В.П. Грибанов указывал: «Установление в законе определенной подведомственности гражданских споров имеет довольно двоякое значение: с одной стороны, такой порядок разграничивает юрисдикционную компетен-

' Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты граяаданских прав. М., 1992. С.156.

щио различных государственных и общественных органов по рассмотрению гражданских дел и тем самым определяет известные границы осуществления управомоченным лицом требования защиты права, поскольку с таким требованием управомоченный вправе обратиться только к определенному органу; а с другой стороны, установленный законом порядок подведомственности споров призван обеспечить надлежащую защиту прав и интересов граждан и организаций»'.

С этой точки зрения в рамках процессуального законодательства должна обеспечиваться принципиальная возможность реализации всех способов защиты нарушенных либо оспоренных субъективных гражданских прав, как универсальных, так и предназначенных для защиты отдельных видов гражданских прав, которые предусмотрены гражданским законодательством В этом направлении в последние годы и развивались процессуальное законодательство и практика его применения. В качестве примера может служить арбитражно-процессуальное законодательство.

В последние годы арбитражно-процессуальное законодательство развивалось бурными темпами. Достаточно сказать, что за прошедшие пять лет в Российской Федерации дважды принимались и вводились в действие новые арбитражные процессуальные кодексы Российской Федерации: сначала в 1992 г., а затем и в 1995 г. В настоящее время действует Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (АПК), введенный в

действие с 1 июля 1995 г.

Что касается защиты гражданских прав, то развитие арбитражно-процессуального законодательства шло в основном в направлении расширения процессуальных возможностей участников имущественного оборота, предоставления им дополнительных гарантий защиты их прав и законных

интересов.

Вместе с тем можно отметить ряд положений действующего сегодня процессуального законодательства, которые, на наш взгляд, не оказывают позитивного влияния на процессуальное обеспечение защиты нарушенных субъективных гражданских прав участников имущественного оборота, обращающихся в арбитражный суд.

Арбитражный суд, в отличие от судов общей юрисдикции, как изаест-но, является органом правосудия со специальной компетенцией, поэтому правила о подведомственности дел арбитражному суду должны отличаться особой четкостью и исчерпывающим характером. Естественно, указать в тексте АПК все до единой категории споров, разрешаемых арбитражным судом, практически

невозможно, но стремиться к этому нужно. В частности, эта проблема может быть решена путем четкого определения общих пределов подведомственности дел арбитражному суду.

' Грибанов В.П. Указ. соч. С. 157.

В ст. 22 АПК содержатся правила, позволяющие федеральному закону отнести к подведомственности арбитражному суду по существу любые дела по спорам между юридическими лицами, а также юридическими лицами и предпринимателями, а по экономическим спорам – также дела, участниками которых являются организации и граждане, не обладающие статусом соответственно юридического лица или индивидуального предпринимателя.

Отсутствие в арбитражно-процессуальном законодательстве норм о четких пределах подведомственности дел арбитражному суду вынуждает арбитражные суды при рассмотрении вопроса о принятии исковых заявлений к своему производству обращаться к Федеральному конституционному закону Российской Федерации «Об арбитражных судах в Российской Федерации», который в самой общей форме определяет предмет деятельности арбитражных судов: разрешение экономических споров и рассмотрение иных дел, отнесенных к их компетенции Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным конституционным законом, Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами (ст. 4). Дело, однако, в том, что редакция ст. 22 АПК, как уже отмечалось, не дает оснований сказать, что отнесение федеральным законом к подведомственности арбитражного суда практически любой категории дел не будет соответствовать требованиям названной статьи Федерального конституционного закона.

Нечеткость законодательства, определяющего подведомственность дел арбитражному суду, заставляет высшие судебные органы постоянно возвращаться к вопросам разграничения подведомственности дел между арбитражными судами и судами общей юрисдикции. Основные критерии разграничения подведомственности дел были определены путем судебного толкования законодательства совместным постановлением Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 августа 1992 г. № 12/12 «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам»'. Указанным постановлением предусмотрено, что в случаях, когда законодательство не позволяет четко разграничить компетенцию между судом общей юрисдикции и арбитражным судом, то при определении подведомственности дела следует исходить из субъектного состава участников и характера правоотношений, если иное не предусмотрено законом. С учетом этих критериев по общему правилу арбитражным судам подведомственны дела с участием юридических лиц и индивидуальных предпринимателей; в соответствии с другим критерием (характер правоотношений) к подведомственности арбитражных

См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1992. № 1. С. 84.

судов относятся дела, вытекающие из предпринимательской и иной экономической деятельности. Все остальные дела относятся к подведомственности судов общей юрисдикции.

При подготовке следующего совместного постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» возникла необходимость в судебном толковании отдельных законоположений, касающихся подведомственности дел с участием граждан, занимающихся предпринимательской деятельностью.

Некоторые разъяснения, касающиеся разграничения между арбитражными судами и судами общей юрисдикции подведомственности дел с участием индивидуальных предпринимателей, которые содержатся в постановлении Пленумов от 1 июля 1996 г. № 6/8, можно рассматривать в качестве дополнения к постановлению Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18 августа 1992 г. № 12/12 «О некоторых вопросах, подведомственности дел судам и арбитражным судам», вызванного применением нового Гражданского кодекса Российской Федерации. Так, ранее разъяснялось, что споры между гражданами, зарегистрированными в качестве индивидуальных предпринимателей, а также между указанными гражданами и юридическими лицами, за исключением споров, не связанных с осуществлением такими гражданами предпринимательской деятельности, рассматриваются арбитражными судами. В таком же порядке должны рассматриваться споры с участием глав крестьянского (фермерского) хозяйства, которые, как известно, получили статус индивидуальных предпринимателей.

В тех же случаях, когда предпринимательскую деятельность осуществляет гражданин, не зарегистрированный в качестве предпринимателя, все споры с его участием рассматриваются судом общей юрисдикции. С точки зрения материального права особенностью таких споров является то, что к спорным правоотношениям могут быть применены гражданско-правовые нормы, регулирующие обязательства, связанные с предпринимательской деятельностью (п. 4 ст. 23 ГК).

Также судам общей юрисдикции подведомственны дела с участием граждан, в отношении которых по тем или иным причинам прекращено действие государственной регистрации в качестве предпринимателей, даже в тех случаях, когда соответствующие споры связаны с осуществляемой ранее указанными гражданами предпринимательской деятельностью. Исключение составляют лишь те случаи, когда дело было уже принято к производству арбитражным судом в период действия государственной регистрации предпринимательской деятельности гражданина.

В связи с тем что ГК включает нормы о банкротстве индивидуального предпринимателя (ст. 25), к которому в процессе банкротства могут быть предъявлены требования и кредиторами по обязательствам, не связанным с осуществлением предпринимательской деятельности: о взыскании алиментов, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и т.п., – все споры данной категории подведомственны арбитражному суду.

Вместе с тем после завершения расчетов с кредиторами к признанному банкротом индивидуальному предпринимателю могут быть предъявлены неудовлетворенные требования о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, и иные требования личного характера, а также требования по другим обязательствам, не связанным с предпринимательской деятельностью, которые не заявлялись кредиторами при осуществлении процедуры банкротства. В таких случаях все споры с участием «бывшего» предпринимателя должны передаваться на разрешение суда общей юрисдикции.

Необходимость четкого определения подведомственности дел арбитражному суду не является вопросом юридико-технического свойства, поскольку данная проблема оказывает непосредственное влияние на состояние судебной защиты нарушенных прав. К сожалению, приходится сталкиваться с фактами необоснованного отказа в принятии искового заявления как со стороны судов общей юрисдикции, так и арбитражных судов со ссылкой на то, что спор подведомственен иному суду. Подобные факты, почвой для которых является нечеткое определение вопросов подведомственности дел арбитражному суду, не должны иметь места в условиях действия конституционных положений о

том, что каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод, а также о том, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (ч. 1 ст. 46, ч. 1 ст. 47 Конституции Российской Федерации).

В целях избежания подобных фактов, граничащих с отказом в правосудии, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации ориентирует арбитражные суды на то, чтобы в пограничных ситуациях, когда в законодательстве нет четкого ответа на вопрос, какому суду подведомственно то или иное дело, не допускать отказа в принятии искового заявления к производству арбитражного суда. Хотелось бы, чтобы аналогичные ориентиры имели бы и суды общей юрисдикции.

В принципиальном плане указанную проблему можно было бы решить путем внесения изменений в п. 5 ст. 22 АПК. Представляется, что данная норма должна быть изложена в следующей редакции: «Федеральным законом могут быть отнесены к подведомственности арбитражного суда и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской либо иной экономической деятельности».

Улучшению судебной защиты гражданских прав могло бы способствовать также внесение в постановление Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 12/12 от 18 августа 1992 г. «О некоторых вопросах подведомственности дел судам и арбитражным судам» разъяснения следующего содержания: «В случаях, когда в суд (в арбитражный суд) обращается лицо, которому отказано в принятии искового заявления по мотивам подведомственности дела арбитражному суду (суду), суд (арбитражный суд) должен принять исковое заявление к своему производству».

На наш взгляд, не должно служить основанием к отказу в правосудии и отсутствие у истца денежных средств. В связи с этим можно наделить арбитражный суд правом при наличии соответствующего ходатайства истца, подтвержденного документами, свидетельствующими об отсутствии у него возможности уплатить государственную пошлину, принимать исковое заявление без уплаты государственной пошлины под поручительство другого лица или банковскую гарантию.

Как известно, сегодня в подобных ситуациях арбитражные суды располагают возможностью лишь отсрочить, рассрочить уплату госпошлины либо уменьшить ее размер. И в этих условиях необходимо отметить стремление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации обеспечить справедливое и упорядоченное применение соответствующих законоположений, свидетельством чему является постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда от 20 марта 1997 г. № б «О некоторых вопросах применения арбитражными судами законодательства Российской Федерации о государственной пошлине»'. Указанным постановлением предусмотрено, что отсрочка или рассрочка уплаты государственной пошлины, уменьшение ее размера производятся по письменному ходатайству заинтересованной стороны. Ходатайство может быть изложено в исковом заявлении, апелляционной или кассационной жалобе либо в отдельном заявлении, приложенном к соответствующему заявлению. Ходатайство об отсрочке или рассрочке уплаты государственной пошлины, уменьшении ее размера, поданное до обращения с исковым заявлением, апелляционной или кассационной жалобой, возвращается арбитражным судом без рассмотрения.

В ходатайстве должны быть приведены соответствующие обоснования с приложением документов, свидетельствующих о том, что имущественное положение заинтересованной стороны не позволяет ей уплатить государственную пошлину в установленном размере при подаче искового заявления, апелляционной или кассационной жалобы. К документам, устанавливающим имущественное положение заинтересованной стороны, относятся:

подтвержденный налоговым органом перечень расчетных и иных счетов,

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1997, № б. С. 19.

наименования и адреса банков и других кредитных учреждений, в которых эти счета открыты; подтвержденные банком данные об отсутствии на соответствующем счете денежных средств в размере, необходимом для уплаты государственной пошлины, а также об общей сумме задолженности владельца счета по исполнительным листам и платежным документам. К ходатайству об уменьшении размера государственной пошлины прилагаются документы о находящихся на счете денежных средствах.

Представления документов, подтверждающих обращение истца, лица, подающего апелляционную или кассационную жалобу, к банкам и иным организациям за получением заемных средств, а также свидетельствующих об отсутствии у них ликвидного имущества, за счет реализации которого могла быть получена денежная сумма, необходимая для уплаты государственной пошлины, не требуется.

Ходатайство об отсрочке или рассрочке уплаты государственной пошлины, уменьшении ее размера может быть удовлетворено арбитражным судом только в тех случаях, когда представленные документы свидетельствуют об отсутствии на банковских счетах денежных средств в размере, необходимом для уплаты государственной пошлины. При отсутствии таких документов в удовлетворении ходатайства должно быть отказано.

Арбитражный суд не может по своему усмотрению отказывать в отсрочке или рассрочке уплаты государственной пошлины и уменьшении ее размера, если имеются объективные основания для удовлетворения ходатайства.

При наличии ходатайства об отсрочке или рассрочке уплаты государственной пошлины исковое заявление, апелляционная или кассационная жалоба не могут быть возвращены в связи с неуплатой государственной пошлины. Если ходатайство касается уменьшения размера государственной пошлины, исковое заявление, апелляционная или кассационная жалоба оплачиваются государственной пошлиной в остальной части.

С точки зрения обеспечения надлежащей защиты участников имущественного оборота, справедливого разрешения споров важное значение имеет предоставление им возможности добиваться пересмотра неправильного либо необоснованного (на их взгляд) судебного решения.

Действующее арбитражно-процессуальное законодательство предоставляет лицам, участвующим в деле, право обжаловать решение арбитражного суда и добиться его рассмотрения в трех полноценных инстанциях. Это, безусловно, положительный момент. Вместе с тем при определении порядка обжалования решений арбитражного суда требовался, на наш взгляд, дифференцированный подход к различным категориям споров. Сегодня, когда рассмотрение всякого дела после первой и второй инстанции (обе – в арбитражном суде субъекта Российской Федерации) заканчивается

в федеральном окружном арбитражном суде, стороны используют все возможности для того, чтобы добиться пересмотра этого дела в Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации. Между тем Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, являясь по определению надзорной инстанцией, должен рассматривать дела лишь в исключительном порядке, отбирая из их числа только те, которые имеют существенное значение для арбитражно-судебной практики или серьезное социально-экономическое значение.

Было бы целесообразным установить, что дела определенных категорий, подсудных, как и теперь, арбитражным судам субъектов Российской Федерации, должны рассматриваться в апелляционном порядке федеральными окружными арбитражными судами, а в качестве кассационной инстанции по таким делам выступал бы Высший Арбитражный Суд Российской Федерации. В этом случае Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации действительно выполнял бы функции исключительно надзорной инстанции. К числу дел, в отношении которых мог бы применяться предлагаемый порядок обжалования, можно было бы отнести экономические споры, возникающие в связи: с признанием права собственности на имущество, находящееся в федеральной собственности; с истребованием такого имущества из чужого незаконного владения; с требованиями об устранении нарушений прав субъектов федеральной собственности, не связанных с лишением владения; с признанием недействительным акта федерального органа государственной власти; а также любые иные имущественные споры, участники которых находятся на территории разных субъектов Российской Федерации, на сумму свыше десяти тысяч установленных законом минимальных размеров оплаты труда.