

ОПЫТЫ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

СБОРНИК СТАТЕЙ

ВЫПУСК 3

**Руководители авторского коллектива
и ответственные редакторы
А.М. ШИРВИНДТ, Н.Б. ЩЕРБАКОВ**

Специальный выпуск к юбилею профессора
Евгения Алексеевича Суханова

ПРЕДИСЛОВИЕ

Перед читателем уже третий выпуск "Опытов цивилистического исследования". На этот раз он не представляет собой сборника выпускных квалификационных работ очередного учебного года, а является специальным - посвященным юбилею профессора **Евгения Алексеевича Суханова**, который 8 апреля 2018 г. отметил свое 70-летие.

Авторы сборника - выпускники кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, работающие или работавшие в последние несколько лет под научным руководством ответственных редакторов. Некоторые из них читателю уже знакомы - их работы не раз публиковались как в первых выпусках сборника, так и в научной периодике. Все они - как продолжающие учебу, так и окончившие ее и ставшие серьезными специалистами - с готовностью и воодушевлением откликнулись на наше предложение и принялись за подготовку специальных исследований в честь юбиляра.

Это воодушевление и, смеем надеяться, уровень представленных в сборнике работ красноречиво свидетельствуют, что многолетний труд юбиляра в качестве преподавателя и заведующего кафедрой гражданского права продолжает приносить плоды и что созданная на кафедре творческая атмосфера и принятые здесь стандарты качества передаются все новым поколениям цивилистов.

Преподаватели кафедры гражданского права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова
доцент А.М. Ширвиндт и ассистент Н.Б. Щербаков

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

ВАС РФ - Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

Венская конвенция - [Конвенция](#) Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

ВС РФ - Верховный Суд Российской Федерации

ГГУ - Германское гражданское [уложение](#)

ГК РФ - Гражданский [кодекс](#) Российской Федерации

DCFR - Draft Common Frame of Reference (проект Общей системы координат)

PECL - Principles of European Contract Law (Принципы европейского договорного права)

PICC - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА)

UCC - Uniform Commercial Code (Единообразный торговый кодекс США)

И.И. АКИМОВА

СМЕШАННАЯ ВИНА И СНИЖЕНИЕ УБЫТКОВ ПРИ НАРУШЕНИИ ДОГОВОРА

Настоящая статья посвящена исследованию проблематики смешанной вины и непринятия мер по снижению договорных убытков как форм участия кредитора в возникновении убытков при нарушении договора. В частности, в сравнительно-правовом контексте рассматриваются история данных институтов и теоретические обоснования их появления. Также затрагиваются вопросы разграничения смешанной вины с просрочкой кредитора и нарушением встречного обязательства в синаллагматическом договоре.

Кроме того, на основе зарубежного опыта оцениваются подходы, выработанные отечественной доктриной и судебной практикой.

Mutual Contributory Negligence and Mitigation of Damages for Breaching of the Contract

I.I. Akimova

The article is devoted to mutual contributory negligence and failure to mitigate contractual damage as forms of creditor's participation in loss occurrence under breach of the contract. In particular, the history of the institutes and their theoretical justification are reviewed in the comparative law context. Besides, the author makes an attempt to distinguish mutual contributory negligence from a delay by the creditor and a breach of a counter obligation under a synallagmatic contract.

Approaches provided in the Russian legal doctrine and courts practice are also assessed on the basis of foreign experience.

1. Введение

Как цивилистической доктрине, так и судебной практике хорошо известно, что для взыскания договорных убытков необходим определенный юридический состав: 1) наличие самих убытков у кредитора; 2) нарушение со стороны должника; 3) причинно-следственная связь между возникновением ущерба и нарушением <1>. Похожий состав в большинстве случаев необходим и для возмещения ущерба, причиненного в результате деликта. В зависимости от субъектного состава участников договора или от вида деликта существенную роль также может играть и вина самого должника или причинителя. Однако возможны ситуации, когда значение имеет не только поведение должника, но и поведение кредитора, а именно если убытки либо возникают в принципе, либо увеличивается их размер отчасти в результате действий (или бездействия) самого кредитора. Несмотря на то что вина кредитора или потерпевшего учитывается не только в договорном, но и в деликтном праве, а в зарубежной доктрине - еще и в трудовом <2>, в настоящей работе основное внимание будет уделено именно договорным отношениям.

<1> Садиков О.Н. [Убытки в гражданском праве](#) Российской Федерации. М.: Статут, 2009 (СПС "КонсультантПлюс").

<2> Dobbs D.B. *Dobbs Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*. 2nd ed. Vol. 3. West

Поведение кредитора, влекущее возникновение или увеличение убытков, как правило, описывается двумя категориями: смешанная вина (Mitverschulden, contributory negligence) и нарушение обязанности по уменьшению убытков (Schadensminderungsobliegenheit, duty to mitigate) <1>. Принципиальная разница между двумя этими категориями заключается в том, что в случае со смешанной виной имеет место некое поведение кредитора, которое в совокупности с действиями или бездействием должника становится причиной возникновения спорных убытков. При непринятии мер по уменьшению убытков кредитор не влияет на наступление самого события, но после его наступления не принимает доступные ему меры для снижения убытков или, напротив, содействует их увеличению.

<1> Jansen N. Contributory Negligence (Contributory Conduct or Activity) // Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Vol. 1. Oxford University Press, 2012. P. 401 - 403.

Прежде чем перейти к описанию и исследованию данного явления по существу, стоит отметить, что сам по себе вопрос многогранен и тесно связан с историей развития целого ряда институтов гражданского права. Кроме того, в рассматриваемой сфере на уровне как доктрины, так и судебной практики крайне распространено использование всевозможных оценочных категорий, как то: "справедливо", "разумно", "ожидаемо", "предвидимо с разумной степенью достоверности", "степень вероятности", что на практике порождает целый спектр решений, большинство из которых требуют самостоятельного изучения и написания отдельных работ. Например, в сфере купли-продажи, подряда, при применении строгой ответственности и т.д. В связи с чем автор настоящей статьи не ставит перед собой задачу детально исследовать все проблемы, возникающие при "участии" кредитора в возникновении и увеличении убытков, или максимально подробно описать все возможные подходы к установлению последствий. В данной работе лишь предпринимается попытка осветить основные пути решения вопроса о распределении убытков в описываемой ситуации на современном этапе через призму исторического и отчасти сравнительно-правового анализа.

Также необходимо сразу оговориться, что далее по тексту будет часто встречаться выражение "событие, повлекшее возникновение убытков" или другие, близкие ему по смыслу. В рамках настоящей работы "событие" следует понимать шире, нежели принято в отечественной доктрине при классификации юридических фактов <1>. То есть данным понятием будут охватываться в том числе также действия (или бездействие) субъектов, как то: нарушение обязательства, расторжение договора и т.д.

<1> Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. Категории науки гражданского права // Избр. тр. М.: Статут, 2005.

2. Необходимость ограничения ответственности должника

В результате долгого исторического развития типичным последствием поведения кредитора, повлекшего возникновение или увеличение убытков, стало снижение размера ответственности должника пропорционально степени участия кредитора в возникновении убытков. Однако даже в европейских юрисдикциях данный подход неоднороден <1>.

<1> Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis

Group), 2009. P. 955 - 957; Ranieri F. Europaisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien. Aufl: 3. Vienna: Springer. S. 704 - 705.

Существует несколько вариантов объяснения того, почему ограничивается или исключается ответственность должника перед кредитором, содействовавшим возникновению или увеличению убытков.

В первую очередь большинство авторов, исследовавших описываемую проблематику, во главу угла ставят идею справедливости <1>. Это довольно абстрактное объяснение основывается на том, что несправедливо все последствия действий двух субъектов возлагать только на одного из них. Очевидно, что такая аргументация является хотя и интуитивно понятной, но явно недостаточной, поскольку через категории справедливого и несправедливого можно объяснить абсолютно все правовые явления. Помимо того, что сама категория справедливости не имеет четкого содержания, такое объяснение полностью игнорирует используемые при взыскании убытков специальные институты, выработанные на протяжении всей истории развития права.

<1> Яблочков Т.М. Влияние вины потерпевшего на размер возмещаемых ему убытков. Т. II. Ярославль: Тип. губернского правления, 1911. С. 20; Jansen N. § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschadigten // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. § 241 - 432. 2. Teilband: § 305 - 432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. S. 673; Договорное и обязательственное право (Общая часть): постатейный [комментарий](#) к статьям 307 - 453 Гражданского кодекса РФ / Под ред. А.Г. Карапетова. М.: Статут, 2017 (далее - комментарий под ред. А.Г. Карапетова) (автор комментария - А.Г. Карапетов). С. 721; Saidov D. The Law of Damages in International Sales. The CISG and other International Instruments. Oxford and Portland, Oregon, 2008. P. 127 - 128.

Второе объяснение основывается на немногим менее абстрактном принципе добросовестности <1>. Так, поведение кредитора, который сначала содействует возникновению или увеличению убытков, а потом пытается в полном размере взыскать их с должника, является недобросовестным и требует реакции правопорядка. Иногда указывают, что данные действия нарушают запрет противоречивого поведения (*venire contra factum proprium*) <2>. В современных отечественных работах путем синтеза англо-американского *duty to mitigate* и принципа добросовестности выводят аналогичную обязанность по совершению действий, направленных на уменьшение убытков <3>.

<1> Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учебное пособие. М.: Статут, 2016. С. 294; [Комментарий](#) под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария - В.В. Байбак). С. 717; Байбак В.В. [Уменьшение убытков при нарушении договора \(mitigation\)](#) // Вестник ВАС РФ. 2012. N 7 (СПС "КонсультантПлюс").

<2> Vieweg K. Schadensersatzrecht // Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen. Berlin, 2008. S. 431; Palandt's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 76. Aufl. C.H. Beck, 2017. § 254. S. 329.

<3> [Комментарий](#) под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария - А.Г. Карапетов). С. 722.

Однако, как представляется, при ответе на данный вопрос допустим и альтернативный ход рассуждения. Так, возможно, в ситуациях, когда кредитор причастен к возникновению убытков, суд отказывает во взыскании части убытков не потому, что необходимо применить санкцию к кредитору, а потому, что взыскание убытков с должника в полном объеме будет слишком несоизмеримой санкцией в отношении самого должника. Причины того, почему именно это несправедливо, для случаев смешанной вины и непринятия мер по митигации убытков несколько

различны, но существуют в обеих ситуациях.

При смешанной вине само событие, повлекшее причинение убытков, возникло вследствие действий как должника, так и кредитора. В данной ситуации порок скрывается именно в составе, необходимом для наступления ответственности должника, - наличии причинной связи между действиями должника и возникновением убытков у кредитора <1>. При этом наиболее распространенная позиция заключается в том, что без содействия кредитора убытки могли не возникнуть в принципе. Подобной логикой руководствовались те, кто отстаивал полное освобождение должника от ответственности при смешанной вине <2>. Об эволюции и обоснованности такого решения речь пойдет далее, но здесь стоит отметить, что полное освобождение должника от возмещения убытков при смешанной вине было доминирующим подходом довольно длительное время <3>.

<1> Ranieri F. Op. cit. S. 701.

<2> Jansen N. Contributory Negligence. P. 402.

<3> Ibid.

В случае же с обязанностью по митигации оценивается то, какие действия мог бы совершить кредитор для уменьшения убытков или их предотвращения. То есть кредитор сам не участвует в событии, в результате которого причиняются убытки. В первую очередь ключевым здесь называют то, что после наступления указанного события возможность сокращения причиняемых убытков находится уже в сфере контроля кредитора, а не должника <1>. В том числе поэтому снижение взыскиваемых убытков может осуществляться только тогда, когда у кредитора была объективная возможность эти убытки снизить или предотвратить.

<1> Jansen N. § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschadigten. S. 662.

Самым типичным примером необходимой и доступной меры по снижению убытков является совершение кредитором замещающей сделки после нарушения должником его обязательства <1>. Очевидно, что должник не может вместо кредитора совершить такую сделку, тем не менее оперативное ее совершение кредитором может значительно сократить, если не исключить, его убытки вовсе.

<1> Kotz H. European Contract Law. 2nd ed. Oxford University Press, 2017. P. 262; Сарбаш С.В. Указ. соч. С. 293; Dobbs D.B. Op. cit. P. 133; Saidov D. Op. cit. P. 133; Chitty on Contracts. Vol. I. General principles. London, 2008. P. 1957.

В качестве второго аргумента, вытекающего из первого, используют то, что уже после нарушения причинная связь между нарушением должника и убытками разрывается или, по крайней мере, становится более отдаленной <1>.

<1> Saidov D. Op. cit. P. 130 - 131; McKendrick E. Contract Law: Text, Cases, and Materials. 5th ed. Oxford University Press, 2012. P. 414; Байбак В.В. [Указ. соч.](#)

Наконец, еще одно объяснение дается с точки зрения скорее экономики, чем права, и затрагивает оно в большей степени обязанность по митигации, чем смешанную вину. Так,

обязанность кредитора по принятию мер для предотвращения или снижения убытков объясняется тем, что таким образом он не тратит впустую и без того ограниченные экономические ресурсы <1>. Исполнение данной обязанности кредиторами ведет к сохранению и увеличению общественного благосостояния в целом <2>. Недостаток такого подхода, на что указывают и в отечественных работах <3>, в том, что при принятии мер по митигации убытков кредитор также может затратить немалые ресурсы. В то же время большинство авторов указывают, что на кредитора не может возлагаться принятие чрезмерно обременительных мер, и эти затраты в любом случае должны быть меньше, чем предотвращаемые убытки. В связи с чем в этой части критика данного объяснения представляется не вполне оправданной.

<1> McKendrick E. Op. cit. P. 414.

<2> McCormick C.T. Handbook on the Law of Damages. St. Paul; Minn., 1935. P. 127; Saidov D. Op. cit. P. 124 - 126; McKendrick E. Op. cit. P. 413 - 414; Сарбаш С.В. Указ. соч. С. 294.

<3> Байбак В.В. [Указ. соч.](#)

Таким образом, все существующие объяснения по отдельности не раскрывают в полной мере цели, задачи и причины появления описываемых институтов, однако в совокупности дают представление о том, почему такой подход возник и получил распространение среди национальных правовых порядков и международных инструментов.

3. Разделение на смешанную вину и непринятие мер по уменьшению убытков

Вопрос о том, насколько обосновано разделение на смешанную вину и непринятие кредитором мер по уменьшению убытков, не имеет однозначного ответа. Примечательно, что довольно четкое разграничение contributory negligence и failure to mitigate, проводимое в системах англо-американского права, подвержено критике в англоязычной литературе как необоснованное и по большому счету бессмысленное <1>.

<1> McCormick C.T. Op. cit. P. 129 - 130. Kotz H. Op. cit. P. 262.

Критики разделения указывают, что данные явления практически идентичны и проведение между ними границы излишне <1>. Как смешанная вина, так и непринятие мер по уменьшению убытков представляют собой формы участия как должника, так и кредитора в возникновении этих самых убытков. Кроме того, оба явления в большинстве случаев влекут одинаковые последствия - пропорциональное снижение ответственности должника в зависимости от "вклада" кредитора <2>.

<1> Kotz H. Op. cit. P. 262.

<2> Kotz H. Op. cit. P. 262.

С другой стороны, между смешанной виной и непринятием мер по уменьшению убытков можно найти ряд отличий.

Одним из них является момент "участия" обеих сторон в возникновении или увеличении убытков <1>. В случае со смешанной виной и должник, и кредитор умышленно или по неосторожности содействовали наступлению самого события, в результате которого возникли

убытки <2>. Если и должник, и кредитор содействовали наступлению самого события, то определить, в какой части поведение каждого из них повлекло возникновение убытков, и установить пропорцию бывает крайне затруднительно. В качестве одного из критериев предлагается учитывать формы вины <3>.

<1> Bruggemeier G. Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Springer Science & Business Media, 2006. S. 602.

<2> Jansen N. Contributory Negligence. P. 401.

<3> [Определение](#) ВС РФ от 29.08.2014 N 310-ЭС14-870 по делу N А56-73805/2013.

Кроме того, в отдельных правопорядках смешанная вина и непринятие мер по уменьшению убытков могут повлечь различные последствия. Например, исключение ответственности должника при смешанной вине и снижение его ответственности при непринятии кредитором мер по митигации <1>. Более того, в некоторых правовых системах последствия непринятия кредитором мер по снижению убытков могут отсутствовать вовсе. Тем не менее такие подходы скорее исключения, чем правило <2>.

<1> Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009. P. 955 - 957; Ranieri F. Op. cit. P. 704 - 705.

<2> Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. P. 956.

При рассмотрении конкретных дел, в которых имеет место смешанная вина, перед правоприменителем встают два вопроса.

1. Достаточно ли было бы действий только должника для возникновения у кредитора вообще каких бы то ни было убытков?

2. Если нет, то в какой мере кредитор содействовал их возникновению и увеличению?

Ключевым здесь является первый вопрос. При отрицательном ответе на него существует вероятность, что ответственность должника будет не просто снижена, но и исключена вовсе. Примечательно, что по пути полного исключения ответственности должника в такой ситуации долгое время шли многие правопорядки (all-or-nothing rule) <1>. Объяснялось это довольно простой логикой: в результате только тех действий, которые произвел должник, убытки наступить не могли, поэтому возлагать на него ответственность неоправданно. Иными словами, необходимый для взыскания убытков состав в данном случае полностью не выполнен.

<1> Jansen N. Contributory Negligence. P. 401 - 402.

Однако такой подход подвергается справедливой критике <1>. Если полностью освободить должника от ответственности, то все бремя автоматически возлагается на кредитора, самих по себе действий которого также могло быть недостаточно для возникновения спорных убытков. В то время как должник хотя и не стал единственной причиной их возникновения, но создал определенные предпосылки для этого.

<1> Ibid.

Помимо ряда национальных правовых систем, разделение данных категорий проводится и на уровне международных унификаций частного права (ст. 9:504 и 9:505 Принципов европейского договорного права; ст. III.-3:704 и III.-3:705 Модельных правил европейского частного права; ст. 7.4.7 и 7.4.8 Принципов УНИДРУА), включая Венскую конвенцию о международной купле-продаже товаров 1980 г. <1> (ст. 77 и 80).

<1> [Конвенция](#) Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в г. Вене 11 апреля 1980 г.).

В то же время необходимо учитывать, что в английском праве именно в сфере договорных отношений вопрос о наличии contributory negligence (вины потерпевшего) ставится крайне редко и, скорее, в виде исключения, хотя данная правовая категория широко используется в деликтном праве <1>. В сфере договорных отношений указанная доктрина применяется в ситуациях, когда между сторонами существуют договорные отношения и в рамках этих отношений причиняется ущерб здоровью или имуществу одной из сторон <2>.

<1> Chitty on Contracts. P. 1948; Treitel G. The law of contract. London, 2003. P. 982 - 983.

<2> Ibid.

Исследователи континентальных правовых систем рассматривают смешанную вину как в договорных, так и в деликтных отношениях в едином контексте <1>.

<1> Ranieri F. Op. cit. S. 700 - 702.

В российском же праве и последствия смешанной вины при нарушении обязательства, и последствия непринятия кредитором мер по уменьшению убытков закреплены в ст. 404 ГК РФ. Несмотря на то что данные типы ситуаций текстуально разграничены, они наделены одинаковыми последствиями в виде снижения ответственности должника пропорционально участию кредитора в возникновении убытков.

4. Развитие концепции смешанной вины

Как указывают исследователи, в римском праве вопрос о справедливом распределении несения бремени убытков не ставился. Основное внимание уделялось тому, достаточно ли действий самого должника или причинителя для привлечения к ответственности <1>. И в случае, если в возникновении убытков обнаруживался существенный "вклад" кредитора, правопорядок шел по пути исключения ответственности должника <2>.

<1> Ranieri F. Op. cit. S. 698 - 699; Jansen N. § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschadigten. S. 656 - 658.

<2> Ibid.

Описанный выше подход на протяжении многих веков господствовал в большинстве правовых систем, так или иначе находившихся под влиянием римского права <1>. Однако в XV - XVI вв. стали предприниматься попытки по-иному объяснить необходимость реакции правопорядка на виновное поведение кредитора. В частности, были предложены концепции *culpa admixta* и *culpa communis* <2>. Их сторонники объясняли исключение ответственности должника смешанным характером вины. На этом этапе предпринималась попытка объяснить, почему в такой ситуации кредитор не заслуживает получить компенсацию в виде договорных убытков <3>. В качестве классического примера приводится случай встречного нарушения обязательств обеими сторонами договора <4>. Соответственно, отсутствие компенсации объясняется тем, что поведение кредитора также упречно.

<1> Zimmermann R. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. 1990. P. 1047 - 1048.

<2> Jansen N. *Contributory Negligence*. P. 402.

<3> Dongen E. van. *Contributory Negligence: A Historical and Comparative Study*. Brill Nijhoff, Boston, 2014. P. 144.

<4> Ibid.

В XIX в. необходимость исключения ответственности должника в случае содействия кредитора наступлению убытков с точки зрения причинно-следственной связи рассматривал Ф. Моммзен <1>. Несмотря на то что за основу им были взяты преимущественно римские источники, своим исследованием он создал фундамент для дальнейшей проработки проблемы. Позднее к обсуждению вопроса присоединились Б. Виндшейд и ряд других цивилистов <2>. Центральной идеей выступало то, что при участии кредитора в возникновении убытков разрывалась каузальная связь между действиями должника и этими убытками <3>.

<1> Mommsen F. *Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schwetschke, 1855. S. 157 - 158.

<2> Honsell T. *Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht. Historische und dogmatische Grundlagen der Lehre vom Mitverschulden*. Ebelsbach: Verlag Rolf Gremer, 1977. S. 13ff.

<3> Op. cit. S. 42ff.

На протяжении длительного времени крайне влиятельной являлась концепция зачета вины (*compensatio culpaе*) <1>. В литературе предпринимались попытки дать целый ряд более или менее удачных обоснований данной концепции <2>. Концепция заключалась в том, что и кредитор, и должник могут действовать как с умыслом, так и с неосторожностью. При этом вина должника может быть полностью зачтена с виной кредитора. В зависимости от комбинаций форм вины допускались различные решения. Так, например, если оба действуют примерно с одинаковой степенью неосторожности, то в результате зачета вины должник должен быть освобожден от ответственности. Если же должник нарушает обязательство явно умышленно, то неосторожность кредитора может вообще не приниматься во внимание. При этом справедливо подчеркивают, что действия или бездействие обеих сторон должны вести к единому результату в виде причинения убытков <3>. Например, встречное причинение вреда в результате двух не связанных между собой деликтов или нарушение обязательств по разным договорам между одними и теми же субъектами не создают предпосылок для зачета вины. Однако это вовсе не означает, что в этих ситуациях не возникает оснований для зачета встречных требований: в литературе подчеркивалась необходимость строго разграничивать зачет вины и зачет встречных

требований как совершенно разные по своей природе явления <4>.

<1> Jansen N. § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschadigten. S. 664 - 668; Ranieri F. Op. cit. S. 699 - 700; Яблочков Т.М. Указ. соч. С. 10 - 11.

<2> Подробнее см.: Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. Харьков: Юридическое издательство НКО УССР, 1928. С. 150 - 152.

<3> Яблочков Т.М. Указ. соч. С. 12 - 13.

<4> Hartter F. Das romisch-deutsche Recht der Kompensation. Munchen, 1837. S. 138.

Исторически вторым вариантом решения проблемы распределения убытков между должником и кредитором стало частичное уменьшение ответственности должника. В зависимости от "вкладов" сторон в возникновение или увеличение убытков такие убытки могут быть разделены либо пополам, либо в иной пропорции в зависимости от обстоятельств конкретного дела. Соответственно, в такой ситуации кредитор взыскивает только причитающуюся ему часть, за которую ответственен должник <1>.

<1> Jansen N. § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschadigten. S. 663.

Родоначальником данного подхода называют К. Вольфа <1>. Свою теорию он обосновывал тем, что каждый субъект связан обязанностью по защите охраняемых правом ценностей, а причинение ущерба даже самому себе посягает на эти ценности <2>.

<1> Zimmermann R. Op. cit. P. 1048; Jansen N. § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschadigten. S. 672; Jansen N. Contributory Negligence. P. 402; Ranieri F. Op. cit. S. 699.

<2> Jansen N. § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschadigten. S. 674 - 675.

Несмотря на то что теория Вольфа в части правонарушения в отношении самого себя не оказала принципиального влияния на дальнейшее развитие права, идея разделения убытков получила свое продолжение как на законодательном уровне, так и в доктрине <1>. Первым данный подход восприняло Австрийское гражданское уложение (§ 1304 ABGB) <2>. Также аналогичные положения появились в ГГУ (§ 254), Обязательственном законе Швейцарии (ст. 44), ГК Нидерландов (ст. 6:101[1]).

<1> Ibid. S. 675 - 677.

<2> Kotz H. Op. cit. P. 261; Ranieri F. Op. cit. S. 700.

Для отечественного правопорядка нормы об учете вины кредитора также не новы. В проекте Гражданского уложения Российской империи речи о смешанной вине как таковой не шло, предлагалось урегулировать только ситуации, когда по вине кредитора наступала невозможность исполнения обязательства <1>, а также просрочку кредитора <2>. В случае невозможности исполнения по вине кредитора риск неисполнения одного из обязательств в синаллагматическом договоре перекладывался на кредитора и должник сохранял право требовать причитавшееся ему по тому же договору. Вопрос о распределении убытков предлагалось решать через полное

сохранение или исключение ответственности должника при наступлении невозможности исполнения, в том числе при просрочке кредитора. При этом без внимания оставалось регулирование последствий ненадлежащего исполнения, вызванного смешанной виной сторон. Аналогичный подход использовался в [ст. 118](#) и [122](#) ГК РСФСР 1922 г.

<1> Гражданское уложение: Проект Высочайше утвержденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского уложения. Книга пятая: Обязательства. Том первый. С объяснениями. СПб.: Гос. тип., 1899. С. 276 - 277.

<2> Там же. С. 291 - 299.

На законодательном уровне впервые регулирование смешанной вины при неисполнении и ненадлежащем исполнении обязательств появилось в [ст. 37](#) Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. <1> Указанная статья закрепляла возможность снижения ответственности в случае наличия вины не только должника, но и кредитора. Как указывает Б.С. Антимонов, практика снижения размера ответственности должника укоренилась в решениях Госарбитража еще в период действия [ГК РСФСР 1922 г.](#) <2>

<1> [Закон СССР](#) "Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик" от 08.12.1961.

<2> Антимонов Б.С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М.: Юрид. лит., 1962. С. 54 - 55, 129 - 130.

В [ст. 224](#) ГК РСФСР 1964 г. уже содержалось более развернутое регулирование. Помимо вины в возникновении убытков учитывалось также содействие их увеличению со стороны кредитора. Кроме того, появилась норма, устанавливавшая последствия непринятия кредитором мер по уменьшению убытков. В обеих ситуациях должник получал возможность заявить о наличии оснований для снижения ответственности. В части смешанной вины формулировка [ст. 224](#) ГК РСФСР 1964 г. практически дословно была перенесена в [п. 3 ст. 71](#) Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г. и [ст. 404](#) ГК РФ 1994 г.

5. Смешанная вина и смежные институты

Помимо смешанной вины существует еще одна уже упомянутая выше и практически не обсуждаемая в данном контексте форма участия кредитора в нарушении обязательства, а именно просрочка кредитора. Сразу необходимо оговориться, что термин "нарушение" в данном контексте не всегда корректен, поскольку как минимум в течение просрочки кредитора должник не считается нарушившим.

В судебной практике распространены следующие примеры. Заказчик исполняет свою обязанность по передаче строительных материалов и/или документации с просрочкой, но подрядчик выполняет задание с еще большей просрочкой <1>. Или подрядчик с просрочкой предлагает заказчику принять объект, заказчик его принимает, но также далеко не сразу <2>. Кроме того, иллюстрацию можно обнаружить в сфере страхования: в результате действий потерпевшего страховщик не может исполнить свои обязательства в полном объеме или своевременно. В частности, если потерпевшим предоставляются недостоверные сведения о том, что характер повреждений или особенности поврежденного имущества исключают его представление для осмотра и проведения экспертизы <3>.

<1> [Комментарий](#) под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария - В.В. Байбак). С. 716.

<2> [Определение](#) ВАС РФ от 27.10.2009 N ВАС-13419/09 по делу N А05-10598/2008.

<3> [Абзац 2 п. 86](#) Постановления Пленума ВС РФ от 26.12.2017 N 58 "О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств".

В таких ситуациях встает вопрос о возможности разграничения смешанной вины и просрочки кредитора <1>. Однако, как справедливо указывают, значительных трудностей на практике такие ситуации вызывать не должны <2>. Действительно, просрочка кредитора и смешанная вина могут отчасти пересекаться. Для этого необходимо наличие одновременно нескольких условий: 1) просрочка кредитора имеет место в виде нарушения одной из кредиторских обязанностей; 2) исполнение такой обязанности необходимо для появления у должника возможности исполнить собственное обязательство; 3) должником также совершено нарушение обязательства. При выполнении этих условий существуют все основания применять как нормы о смешанной вине, так и нормы о просрочке кредитора <3>. Более того, можно сказать, что в описанной ситуации вина кредитора может заключаться в просрочке. Но при этом все-таки необходимо учитывать причины, по которым возникла просрочка кредитора, поскольку она может возникнуть и по независящим от самого кредитора обстоятельствам.

<1> [Комментарий](#) под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария - А.Г. Карапетов). С. 722.

<2> [Там же](#).

<3> [Постановление](#) Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.11.2015 N Ф04-24896/2015 по делу N А70-15465/2014; [Постановление](#) Восьмого арбитражного апелляционного суда от 03.07.2017 по делу N А75-13218/2016.

В случае же, если обязанность нарушает только кредитор, но должник при этом нарушений не допускает, вопрос о применении или снижении ответственности в принципе не может ставиться <1>. Соответственно, в случае когда кредитор исполняет свою обязанность с просрочкой, то ответственность должника исключается только в той мере, в которой это вызвано просрочкой кредитора <2>. И очевидно, что если кредитор вовсе уклоняется от необходимого содействия должнику, то требование к этому должнику также должно быть исключено.

<1> Например: [Постановление](#) Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 25.10.2016 N Ф01-4485/2016 по делу N А28-13980/2015; [Постановление](#) Арбитражного суда Дальневосточного округа от 18.05.2016 N Ф03-1861/2016 по делу N А73-9236/2015; [Постановление](#) Арбитражного суда Московского округа от 01.08.2016 N Ф05-9948/2016 по делу N А40-81231/2015.

<2> Например: [Постановление](#) Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.11.2015 N Ф04-24896/2015 по делу N А70-15465/2014; [Постановление](#) Восьмого арбитражного апелляционного суда от 03.07.2017 по делу N А75-13218/2016; [Постановление](#) Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.12.2014 N Ф04-11904/2014 по делу N А75-13218/2016.

В данном контексте проводят еще один раздел между неисполнением кредитором своего обязательства в sinalлагматическом договоре, просрочкой кредитора и (при перечисленных выше условиях) смешанной виной. На первый взгляд разница очевидна. В случае с sinalлагматическим договором, если одна сторона не исполняет свое обязательство, другая вправе приостановить свое исполнение ([ст. 328](#) ГК РФ), и нарушения не произойдет в принципе.

Объектом критики в данном случае выступают решения, где суды ссылаются одновременно и на нормы о просрочке кредитора, и на ст. 328 ГК РФ <1>. Нередко неисполнение собственного обязательства кредитора заключается в непредоставлении аванса. Однако стоит учитывать, что в ряде случаев между выплатой аванса и встречным предоставлением существует не только синаллагматическая правовая связь, но и непосредственная экономическая: без получения денежных средств контрагент не может приступить к исполнению уже своей обязанности. И в такой ситуации просрочка выплаты аванса будет удовлетворять признакам просрочки кредитора: он не совершил действий, необходимых для появления у должника возможности исполнения его собственной обязанности. В этом примере невыплата аванса, по существу, немногим отличается от непредоставления кредитором должнику необходимой информации <2>, документации или материалов.

<1> Байбак В.В. [Указ. соч.](#)

<2> Например: [Определение](#) ВС РФ от 05.05.2017 N 309-ЭС17-5455 по делу N А60-11898/2016; [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 07.02.2017 по делу N А60-11898/2016.

6. Снижение договорных убытков

В большинстве работ обсуждение проблематики митигации убытков начинается с вопроса о том, является ли снижение убытков обязанностью кредитора, несмотря на то что даже в англо-американском праве, где *duty* лексически действительно наиболее близко к понятию "обязанности", существуют многочисленные разногласия относительно природы данной обязанности <1>. В российском же и германском позитивном праве модальность долженствования прямо не закреплена, кодексы указывают лишь на последствия совершения или несовершения определенных действий (ст. 404 ГК РФ и абз. 2 § 254 ГГУ). Хотя данный спор носит, скорее, доктринальный характер, а на практике играют роль лишь соответствующие предписания судам уменьшить размер взыскиваемых убытков, в доктрине ему уделяется серьезное внимание. В связи с чем представляется целесообразным хотя бы в общих чертах осветить его и в настоящей работе.

<1> Dobbs D.V. *Op. cit.* P. 131.

Основным аргументом против наличия соответствующей обязанности называют отсутствие прямо установленной санкции за ее неисполнение <1>. В противовес указывают на тот факт, что лишение права на взыскание части убытков с должника и является для кредитора такой санкцией, т.е. мерой ответственности за нарушение <2>. Однако, как справедливо подчеркивал профессор Грибанов, "не всякое невыгодное имущественное последствие может быть отнесено к мерам гражданско-правовой ответственности" <3>. Кроме того, наличие подобной санкции выглядит нарушением логики применения ответственности по отношению к субъекту. Санкция за бездействие может применяться в том случае, если у субъекта существует обязанность действовать определенным образом. Допустим, что данная обязанность действительно вытекает из общего принципа добросовестности участников гражданско-правовых отношений. Сомнения здесь вызывает другое: триггером для возникновения этой обязанности является нарушение должником обязательства.

<1> Treitel G.H. *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account.* London: Sweet & Maxwell, 1988. P. 179; McKendrick E. *Op. cit.* P. 413; Saidov D. *Op. cit.* P. 130 - 131.

<2> Байбак В.В. [Указ. соч.](#)

<3> Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 311.

В американской доктрине подход к митигации убытков несколько шире, чем описано выше. Duty to mitigate тесно связывают еще с одним понятием - "предотвратимые убытки" (avoidable consequences) <1>.

<1> Dobbs D.V. Op. cit. P. 131.

Обобщая практику применения данных доктрин, выделяют три основных принципа.

1. Ответчик имеет право на снижение ответственности в размере убытков, которые истец фактически предотвратил или сократил.

2. Ответчик имеет право на снижение ответственности в размере убытков, которые истец мог бы предотвратить или сократить, если бы приложил разумные усилия и понес разумные затраты, независимо от того, сделал ли это истец на самом деле.

3. Истец имеет право на возмещение затрат, понесенных при совершении действий по снижению или минимизации убытков <1>.

<1> Dobbs D.V. Op. cit. P. 128 - 140, 380.

Первый принцип не вызывает серьезных вопросов. Действительно, если убытки были успешно предотвращены или сокращены, то возмещение непонесенных убытков может быть расценено как неосновательное обогащение. Третий принцип также заслужил широкое признание не только в англо-американской доктрине, но и на континенте <1>.

<1> Bruggemeier G. Op. cit. S. 600, 602.

Наибольшие затруднения у англо-американских юристов вызывает второй принцип, что и логично. Они также сталкиваются с вопросом, какие именно действия должны быть предприняты и какой стандартный объем разумности и осмотрительности может быть вменен кредитору <1>. Консенсус достигнут на планке "средний". Иными словами, кредитор должен предпринять такие действия, которые: а) могут привести к снижению убытков; б) находятся в зоне его контроля; в) не несут для него дополнительных личных или имущественных рисков; г) не влекут экстраординарных затрат <2>.

<1> McKendrick E. Op. cit. P. 414.

<2> Dobbs D.V. Op. cit. P. 381 - 384.

Особого внимания заслуживает еще один принцип - четвертый. О сфере применения данного принципа также встают вопросы, однако само по себе оно любопытно и нетривиально. Формулируется примерно следующим образом: если истец фактически не снизил убытки, хотя имел для этого возможность, и такое снижение потребовало бы от него затрат, то взыскиваемые

по второму правилу убытки подлежат снижению только в размере разницы между той частью, которая могла быть снижена, и затратами на это снижение <1>.

<1> Ibid. P. 140 - 142.

Данный принцип довольно сложный, и его непросто сразу понять, поэтому приведем пример. Допустим, убытки кредитора составили 100. При этом у него была возможность снизить их на 40, например, посредством совершения замещающей сделки. Но он этого не сделал, и по второму правилу взыскиваемые убытки могли бы составить только 60. Однако затраты на поиск контрагента, переговоры и совершение сделки составили бы 15. Значит, в случае если бы он предпринял все эти действия, то 15 ему были бы также компенсированы по третьему принципу и кредитор получил бы 75. Четвертый принцип позволяет построить эту гипотетическую цепочку событий и сразу взыскать 75, хотя все описанные действия сторонами и не предпринимались.

Сфера применения.

Ответ на вопрос, когда возникает обязанность кредитора именно по снижению договорных убытков, зависит от многих факторов. Как правило, необходимость в снижении убытков возникает после нарушения обязательства или после расторжения договора, вызванного таким нарушением <1>.

<1> Chitty on Contracts. P. 1956.

В классическом примере должник не поставляет товар, что ведет к убыткам кредитора. Например, к перерыву в цепочке производства или поставок, применению санкций со стороны других контрагентов и т.п. Однако после нарушения у кредитора была возможность совершить замещающую сделку, получить аналогичный товар у других лиц и тем самым сократить для себя неблагоприятные последствия <1>. Близкие примеры можно найти в сфере подряда, аренды, услуг и т.д.

<1> Op. cit. P. 1957.

Данная обязанность по совершению замещающей сделки признана в англо-американской доктрине и судебной практике с той лишь оговоркой, что совершение такой сделки не должно чрезмерно обременять кредитора и слишком выходить за пределы обычной хозяйственной деятельности <1>. Например, такая обязанность исключается, если предметом сделки явился редкий товар и для совершения уже замещающей сделки кредитор будет вынужден затратить существенные силы, время и средства на поиск контрагента и переговоры с ним. Диаметрально противоположным примером будет купля-продажа товара, свободно торгующегося на бирже.

<1> Dobbs D.V. Op. cit. P. 383; Chitty on Contracts. P. 1957.

Главным вопросом, который обсуждается в контексте совершения замещающей сделки, является разница между стоимостью товара (работы, услуги) по основной и замещающей сделкам. Если кредитору удалось купить товар по более низкой стоимости, то проблем не возникает. Однако вопрос в том, насколько кредитор выполнил свою обязанность по митигации в случае, если приобрел более дорогой товар, и должен ли должник в полной мере возмещать стоимость товара. Главный критерий, который предлагается, - определение причины превышения

цены товара по замещающей сделке. Например, если стоимость товара выросла в результате изменений на рынке, то этот риск возлагается на должника <1>. Если же кредитор умышленно или по неосторожности приобрел более дорогой товар, хотя к этому не было объективных причин, то должник освобождается от убытков в части, превышающей среднюю рыночную или договорную стоимость товара. Аналогичный подход будет и в случае, когда разница в стоимости обусловлена более высокими потребительскими или производственными качествами товара-заменителя. Однако здесь может быть сделано исключение, если такая покупка по завышенной цене была обусловлена срочностью и в итоге привела к предотвращению еще больших убытков.

<1> Такое же решение закреплено и в [п. 11](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств".

В российской судебной практике однозначного подхода не сложилось, однако также существуют решения, где суд возлагает обязанность по совершению замещающей сделки на кредитора <1>. Само же по себе понятие замещающей сделки используется, скорее, для определения размера возмещаемых убытков ([ст. 393.1](#), [ст. 524](#) ГК РФ; [п. 12](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств") <2>. Однако обязанность по заключению замещающей сделки в течение разумного срока после нарушения в отечественной литературе выводится опять же из принципа добросовестности <3>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 11.01.2017 N Ф09-10826/15 по делу N А47-815/2015 и др.

<2> Подробнее: Байбак В.В. Абстрактный метод исчисления убытков // Вестник ВАС РФ. 2011. N 6 (СПС "КонсультантПлюс"); Овсянникова А.О. [Абстрактный и конкретный методы исчисления убытков](#) // Вестник гражданского права. 2015. N 5 (СПС "КонсультантПлюс").

<3> Байбак В.В. [Возмещение убытков при прекращении договора](#) и вина кредитора // Вестник гражданского права. 2016. N 4 (СПС "КонсультантПлюс").

Кроме того, в качестве мер, направленных на предотвращение убытков, могут рассматриваться заблаговременное уведомление контрагента о том, что договор не будет исполнен в силу проблем с финансированием, и предложение о расторжении договора <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Дальневосточного округа от 07.09.2017 N Ф03-3293/2017 по делу N А59-139/2017.

Несмотря на то что в англо-американском праве в контексте снижения ответственности должника обсуждается вопрос о взыскании именно убытков, в континентальных системах, в том числе российской, можно ставить вопрос и о снижении размера иных мер ответственности. В частности, неустойки, если ее увеличению содействовал кредитор.

В отечественной судебной практике нередко возникала проблема допустимости и обоснованности использования в совокупности или альтернативно [ст. 333](#) и [404](#) ГК РФ. Судебная практика долгое время была неоднородной, как допуская возможность снижения неустойки в связи с "участием" кредитора в нарушении <1>, так и отказывая в этом должнику <2>. Отчасти вопрос был разрешен в [п. 81](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7, в соответствии с

которым, "если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера неустойки либо действовал недобросовестно, размер ответственности должника может быть уменьшен судом по этим основаниям в соответствии с положениями [ст. 404](#) ГК РФ, что в дальнейшем не исключает применение [ст. 333](#) ГК РФ". Но при этом необходимо учитывать, что "непредъявление кредитором в течение длительного времени после наступления срока исполнения обязательства требования о взыскании основного долга само по себе не может расцениваться как содействие увеличению размера неустойки" ([абз. 2 п. 81](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7).

<1> [Постановление](#) ФАС Северо-Западного округа от 19.08.2011 по делу N A13-12899/2010, [Постановления](#) ФАС Северо-Западного округа от 28.10.2010 по делу N A56-93435/2009.

<2> [Постановление](#) ФАС Северо-Западного округа от 06.12.2011 по делу N A56-15555/2011.

Примечательно, что в данных разъяснениях говорится о недобросовестном **содействии кредитора в увеличении размера неустойки**. В судебной практике довольно сложно найти примеры, когда содействие кредитора в увеличении неустойки заключалось бы в чем-то ином, кроме как непредъявлении иска к должнику в течение длительного времени. Однако суды расширяют сферу применения указанных разъяснений и используют их как альтернативу [ст. 333](#) ГК РФ в случае, когда неустойка не просто несоразмерна убыткам, а именно нарушение договора и, как следствие, ее начисление произошли отчасти по вине кредитора <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Дальневосточного округа от 07.08.2017 N Ф03-2688/2017 по делу N A73-14060/2016; [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 13.09.2016 N Ф09-8269/16 по делу N A76-16065/2015; [Постановление](#) Арбитражного суда Дальневосточного округа от 15.11.2017 N Ф03-4014/2017 по делу N A73-2249/2017 и др.

7. Выводы

Снижение размера подлежащих возмещению убытков как при смешанной вине, так и при непринятии кредитором мер по уменьшению убытков является способом ограничения ответственности должника, широко распространенным в национальных правовых системах. Последствия "участия" кредитора в возникновении и увеличении убытков в разные исторические периоды существенно отличались, однако решения, выработанные на современном этапе, представляются наиболее удачными и наиболее успешно выполняющими поставленные задачи.

В отечественном правовом порядке данные подходы также имеют свою историю, но в литературе практически не обсуждаются. На уровне судебной практики в целом можно обозначить только некоторые тенденции при разрешении споров, в которых встает вопрос вины кредитора в возникновении или увеличении убытков. Несмотря на попытки высшей судебной инстанции обратить внимание судов на рассматриваемую проблематику, появление этих тенденций производит впечатление скорее случайного события, нежели применения тщательно выработанных единых подходов. По всей видимости, дальнейшее осмысление поднимаемых выше вопросов еще только предстоит отечественной доктрине и судебной практике.

В.А. ВОЛГИНА

ВЛИЯНИЕ НЕХВАТКИ ДЕНЕЖНЫХ СРЕДСТВ НА ИСПОЛНИМОСТЬ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ

Статья посвящена анализу существующих в различных правовых системах подходов к

разрешению ситуации, когда у стороны, связанной арбитражной оговоркой, отсутствуют денежные средства на уплату регистрационного сбора и последующего арбитражного разбирательства. В более общем виде существующая проблема связана с соотношением права на судебную защиту и принципом свободы договора, который обязует лиц, заключивших договор, соблюдать его условия.

В основу сравнительно-правового анализа, представленного в настоящей статье, положены правовые порядки таких стран, как Англия, Германия, Франция, Соединенные Штаты Америки. Особый акцент сделан на анализе практики российских судов.

Effect of the Lack of Funds on Operability of the Arbitration Agreement

V.A. Volgina

The article is devoted to the analysis of the approaches existing in different legal orders to settlement of situations when a party bound by an arbitration clause lacks funds to pay the registration fee and to finance the following arbitration proceedings. In broader terms, the existing issue relates to correlation of the right to judicial protection and the principle of contractual freedom that obliges the parties to the contract to comply with its terms.

The comparative law analysis presented in this article is based on the legal orders of England, France, Federal Republic of Germany, and the United States of America. Particular emphasis is on the analysis of case law of Russian courts.

Введение

Данная статья посвящена ситуациям, когда стороны заключили арбитражное соглашение о передаче всех будущих споров между ними на разрешение в международный арбитраж или арбитраж внутренних споров, однако после возникновения спора вместо того, чтобы инициировать арбитражное разбирательство, истец обращается в государственный суд и ссылается на то, что у него отсутствуют денежные средства на финансирование арбитражного разбирательства.

В таком случае государственный суд сталкивается с необходимостью разрешить проблему - уполномочен ли он рассматривать спор, несмотря на заключенное сторонами и по всем признакам действительное арбитражное соглашение, если одна из сторон заявляет о невозможности обратиться в согласованный сторонами форум в связи с отсутствием у нее денежных средств.

Суд должен сделать выбор: позволить ли стороне защитить свои, как она считает, нарушенные права и обеспечить ей доступ к правосудию или же отдать предпочтение принципу *pacta sunt servanda* и признать обязательность для сторон условий договора, которые были добровольно ими согласованы <1>.

<1> Segesser G. von. Inoperability of Arbitration Agreements due to Lack of Funds? Revisiting Legal Aid in International Arbitration // Kluwer Arbitration Blog. 2015 // <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/17/inoperability-of-arbitration-agreements-due-to-lack-of-funds-revisiting-legal-aid-in-international-arbitration/>; Kuhner D. The Impact of Party Impediment on Arbitration Agreements: The Examples of France and Germany // Journal of International Arbitration. 2014. Vol. 31. Issue 6. P. 816; Wagner G. Impedimented Parties and Arbitration Agreements // SchiedsVZ. 2003. Heft 5. P. 211, 213 - 214.

Очевидно, что, выбрав конкретный способ разрешения споров, стороны хотели получить

доступ к правосудию. Однако замена согласованного способа разрешения споров другим противоречит воле сторон, которую они выразили при заключении арбитражного соглашения.

Как будет показано ниже, суды в разных правовых порядках по-разному подходят к разрешению этой проблемы, отдавая предпочтение тому или иному принципу: обязательности заключенного арбитражного соглашения или праву стороны на доступ к правосудию.

1. Подходы зарубежных правовых порядков

1.1. Англия

В Англии вопрос о судьбе арбитражного соглашения при отсутствии денежных средств у одной из сторон несколько раз поднимался в судебной практике <1>.

<1> В качестве судебных дел, иллюстрирующих подход английских судов к разрешению данной проблемы, были выбраны прецедентные дела, которые получили наибольшее внимание со стороны юридического сообщества. См., напр.: Panov A. No money: no arbitration? Reflections on recent Russian cases. 2017 // <http://arbitrationblog.practicallaw.com/no-money-no-arbitration-reflections-on-recent-russian-cases/>; Moyano J.P. Imppecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement // *Journal of International Arbitration / Kluwer Law International*. 2017. Vol. 34. Issue 4. P. 639 - 640.

Первым делом, в котором суд пришел к выводу об исполнимости арбитражной оговорки, несмотря на то что истец ссылаясь на отсутствие у него денежных средств на ведение арбитражного разбирательства, было *Janos Paczy v. Haenlender & Natermann GmbH* <1>. В данном деле соглашение между истцом - физическим лицом и ответчиком содержало арбитражную оговорку, предусматривавшую, что все споры между сторонами должны быть переданы на рассмотрение в Международный арбитражный суд МТП (далее - Суд МТП).

<1> *Janos Paczy v. Haenlender & Natermann GmbH* // *Lloyd's Law Reports*. 1981. Vol. 1. Part. 3.

Несмотря на это, истец обратился в Высокий суд Лондона с исковыми требованиями к ответчику.

Ответчик ходатайствовал об оставлении иска без рассмотрения со ссылкой на существующее арбитражное соглашение. В соответствии со ст. 1 Закона об арбитраже 1975 г. при наличии арбитражного соглашения суд должен оставить исковое заявление без рассмотрения, за исключением случаев, когда арбитражная оговорка признана недействительной или когда ее "невозможно исполнить" <1>.

<1> http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/3/pdfs/ukpga_19750003_en.pdf

Решением суда изначально исковое заявление было оставлено без рассмотрения. Однако при повторном рассмотрении дела (*English Court of Appeal*), после того как со стороны истца поступили многочисленные заявления о невозможности финансировать арбитражное разбирательство и заплатить свою часть аванса на расходы, суд пришел к выводу, что в ситуации, при которой истец не может сам инициировать арбитражное разбирательство, а ответчик не несет подобную обязанность, будет считаться, что арбитражное соглашение невозможно исполнить.

При последующем обжаловании этого решения судья выразил другое мнение о существующей проблеме <1>: "Неспособность одной из сторон арбитражного соглашения исполнить свои обязательства, по моему суждению, влечет неисполнимость этого соглашения не более чем неспособность покупателя по договору купли-продажи земельного участка найти необходимую покупную цену к моменту, когда он должен заплатить".

<1> Janos Paczy v. Haenlder & Natermann GmbH. P. 307.

Было отмечено, что невозможность исполнить соглашение появляется только тогда, когда обе стороны готовы, способны и намериваются исполнить соглашение, но оно больше не может быть исполнено из-за сложившихся обстоятельств. Нехватка денежных средств, по мнению суда, не являлась подобным обстоятельством. Поскольку только истец был не в состоянии исполнить свое обязательство, в то время как ответчик был способен исполнить свое, суд заключил, что нельзя прийти к выводу, что арбитражное соглашение больше невозможно исполнить.

Для того, чтобы прийти к выводу о возможности сторон обратиться за судебной защитой, по мнению суда, ст. 1 Закона об арбитраже 1975 г. должна была бы быть изложена в следующей редакции: "Любая из сторон разбирательства имеет право ходатайствовать об оставлении искового заявления без рассмотрения, а суд обязан оставить исковое заявление без рассмотрения, за исключением случаев, когда арбитражное соглашение признано недействительным, неисполнимым или если одна из сторон неспособна его исполнить".

Однако суд пришел к выводу, что прочтение статьи подобным образом недопустимо. Заявление истца о том, что ответчик при желании начать арбитражное разбирательство должен был организовать оплату аванса на расходы целиком, было оценено судом как "фантастика" <1>.

<1> Janos Paczy v. Haenlder & Natermann GmbH. P. 309.

Таким образом, в данном деле при классической ситуации, когда истец пытается инициировать судебное разбирательство, несмотря на заключенное арбитражное соглашение, ссылаясь при этом на отсутствие денежных средств на ведение арбитражного разбирательства, английский суд пришел к выводу о невозможности признать арбитражное соглашение неисполнимым <1>.

<1> См. так же: El Nasharty v. J. Sainsbury Plc, Court of Appeal - Commercial Court, November 13, 2007, [2007] EWHC 2618 (Comm) // <https://high-court-justice.vlex.co.uk/vid/2007-folio-920-52637263>. В данном деле суд поддержал выводы, к которым пришел суд в деле Janos Paczy v. Haenlder & Natermann GmbH, и заключил, что неспособность стороны исполнить свои денежные обязательства в соответствии с Регламентом МТП или схожими правилами не влечет неисполнимость арбитражного соглашения в соответствии со ст. 1 Закона об Арбитраже 1975 г.

Проблема влияния нехватки денежных средств на исполнимость арбитражного соглашения была рассмотрена под другим углом в деле BDMS Limited v. Rafael Advanced Defence Systems <1>. В данном деле Коммерческий суд Англии рассматривал вопрос, уполномочивает ли отказ ответчика произвести оплату аванса на арбитражные расходы на ведение разбирательства истца на подачу искового заявления в государственный суд.

<1> BDMS Limited v. Rafael Advanced Defence Systems. [2014] EWHC 451 (Comm) // ASA

Bulletin. Kluwer Law International. 2014. Vol. 32. Issue 4. P. 862 - 868 // <https://hsfnotes.com/arbitration/2014/02/28/the-english-commercial-court-considers-whether-a-partys-failure-to-pay-its-share-of-the-advance-on-costs-is-a-repudiatory-breach-of-the-arbitration-agreement/>.

Спор, рассматриваемый в данном деле, касался денежных средств, которые ответчик (Rafael Advanced Defence Systems) предположительно задолжал истцу (BDMS Limited) в качестве гонорара успеха по соглашению об оказании консультационных услуг. В соответствии с арбитражной оговоркой, содержащейся в соглашении, все споры между сторонами подлежали передаче на рассмотрение единоличным арбитром с местом арбитража в Лондоне при администрировании Судом МТП. Арбитражное разбирательство началось в апреле 2011 г. После назначения арбитра Секретариат Суда МТП уведомил стороны о необходимости произвести равные авансовые платежи в счет последующих расходов на ведение арбитражного разбирательства. Ответчик отказался производить авансовый платеж, сославшись на свою неуверенность в том, будет ли истец в состоянии оплатить часть расходов ответчика в случае, если спор будет разрешен в его пользу.

Секретариат Суда МТП уведомил истца об отказе ответчика производить авансовый платеж, что в соответствии со ст. 30(4) Арбитражного регламента МТП 1998 г. влечет приостановление арбитражного разбирательства с последующей возможностью считать иски требования в качестве отозванных. Истец уведомил ответчика о своем намерении обратиться в Высокий суд Лондона в связи с отказом ответчика производить авансовый платеж. Исковые требования, заявленные в Суд МТП, были признаны отозванными. До начала рассмотрения дела государственным судом ответчик обратился в суд с ходатайством об оставлении искового заявления без рассмотрения в соответствии со ст. 9(1) Закона об арбитраже <1>.

<1> Arbitration Act 1996, Art. 9(1): A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter // <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/9>.

Позиция истца заключалась в том, что отказ ответчика производить оплату аванса на расходы являлся существенным нарушением арбитражного соглашения, что, в свою очередь, повлекло за собой неисполнимость арбитражного соглашения и необходимость государственного суда отказать в удовлетворении ходатайства ответчика об оставлении искового заявления без рассмотрения в соответствии со ст. 9(4) Закона об арбитраже <1>.

<1> Arbitration Act 1996, Art. 9(4). On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed.

Позиция ответчика, в свою очередь, заключалась в том, что существенного нарушения арбитражного соглашения не произошло, а следовательно, арбитражное соглашение является действительным и исполнимым.

Суд пришел к выводу, что, хотя ответчик и нарушил арбитражное соглашение, отказавшись от уплаты аванса, такое нарушение не является существенным для того, чтобы признать арбитражное соглашение неисполнимым. Для того чтобы признать нарушение существенным, по мнению суда, необходимо установить, что сторона, нарушившая обязательство, ясно и безоговорочно своим поведением свидетельствовала о намерении не исполнять арбитражное

соглашение, а также то, что нарушение затронуло существо арбитражного соглашения. Ответчик, в свою очередь, активно участвовал в начавшемся арбитражном разбирательстве путем участия в составлении акта о полномочиях арбитров и подготовки к предварительному слушанию, а отказ ответчика произвести авансовый платеж расходов был не безоговорочный, а под условием принятия составом арбитража обеспечительных мер в качестве гарантии выплаты истцом части расходов ответчика в случае принятия решения в пользу ответчика.

Более того, суд принял во внимание, что нарушение ответчика не лишило истца возможности участвовать в арбитражном разбирательстве. В соответствии с Арбитражным регламентом МТП 1998 г. <1> истец мог:

- самостоятельно произвести авансовый платеж части расходов ответчика <2>;
- предоставить банковскую гарантию на оплату части расходов ответчика <3>;
- ходатайствовать о вынесении промежуточного арбитражного решения или окончательного арбитражного решения, обязывающего ответчика заплатить свою часть расходов;
- обжаловать отзыв исковых требований вследствие неуплаты аванса на расходы.

<1> <http://base.garant.ru/2562947/>

<2> Ст. 30(3) Регламента МТП 1998 г. и [ст. 36\(5\)](#) Регламента МТП 2012 г. // http://base.garant.ru/2571573/b018da9c4d6d4df0e66ef41741f4f241/#block_1000.

<3> Ст. 1(6) приложения III Регламента МТП 1998 и [ст. 1\(7\)](#) приложения III Регламента МТП 2012 г.

По мнению суда, истец не был лишен права на ведение арбитражного разбирательства, а следовательно, отказ ответчика производить оплату аванса на расходы не затрагивает существо арбитражного соглашения.

Также суд отметил, что нехватка денежных средств часто носит лишь временный характер, а поскольку Арбитражный регламент МТП предусматривает возможность предъявить иски повторно в случае, если предыдущие требования были признаны отозванными по причине неполной оплаты аванса на расходы, то нехватка денежных средств не является достаточным основанием для вывода о неисполнимости арбитражного соглашения.

Таким образом, в данном деле суд не позволил признать неисполнимой арбитражную оговорку, даже несмотря на то, что о необходимости передать дело на рассмотрение суда ходатайствовала не нарушившая арбитражное соглашение сторона, а истец, который надлежащим образом исполнил свои обязательства, вытекающие из арбитражного соглашения.

Следовательно, можно сделать вывод, что в Англии суды не позволяют признать арбитражное соглашение неисполнимым, если хотя бы одна из сторон настаивает на его исполнимости, даже не имея денежных средств на ведение разбирательства <1>.

<1> Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S. Comparative International Commercial Arbitration // Kluwer Law International. 2003. P. 344 - 345.

1.2. Германия

Суды Германии гораздо более склонны открывать стороне дорогу в государственный суд в случае, если у нее не хватает денежных средств на ведение арбитражного разбирательства. После того как несостоятельная сторона объявляет о невозможности оплатить свою часть аванса на арбитражные расходы, у другой стороны есть право выбора: либо объявить о готовности заплатить аванс на расходы целиком, включая часть, приходящуюся на несостоятельную сторону, либо отказаться от такой возможности, что автоматически влечет возникновение юрисдикции у государственных судов <1>.

<1> Kuhner D. Op. cit.

Причем несостоятельность стороны вовсе не должна быть подтверждена нахождением этой стороны в состоянии банкротства для того, чтобы эта сторона могла обратиться в суд <1>.

<1> Wagner G. Op. cit. P. 206 - 207.

В целом подход немецких судов заключается в признании верховенства принципа доступа сторон к правосудию над обязательностью арбитражного соглашения <1>. Если у стороны действительно отсутствуют денежные средства на ведение разбирательства, то, по мнению немецких судов, это, безусловно, влечет неисполнимость арбитражного соглашения и, как следствие, открывает сторонам доступ в государственные суды.

<1> Granier T. Unilateral Termination of an Arbitration Agreement by a Party After the Arbitration has Commenced // Kluwer Law International. 2015. Vol. XII. Issue 45. P. 108 - 124; Kroll S. The "Incapable of Being Performed" Exception in Article II(3) of the New York Convention // Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards / Gaillard E. & Di Pietro D. (eds.). 2008.

Еще в 1964 г. Федеральный Верховный суд Германии заключил, что "арбитражное соглашение имеет целью передать некоторые споры на рассмотрение составом арбитража, а не государственными судами. Однако арбитражное соглашение не имеет цели прекратить право одной из сторон на обращение за правовой защитой. Следовательно, если арбитражное соглашение - по какой-либо причине - становится неисполнимым по фактическим или практическим причинам, любая сторона имеет право отказаться от исполнения арбитражного соглашения по обоснованной причине" <1>. Таким образом, суд пришел к выводу, что сторона, ссылающаяся на нехватку денежных средств, должна обосновать, как данное обстоятельство препятствует ей придерживаться заключенного арбитражного соглашения.

<1> BGHZ 41, 104 (January 30, 1964). Пер. фрагмента на англ. яз. Zivkovic P. Imppecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts' Practice // Croatian Arbitration Yearbook. 2016. Vol. 23. P. 40.

В 2000 г. Федеральный Верховный суд Германии <1> постановил, что в случае нехватки денежных средств у одной из сторон арбитражное соглашение автоматически становится неисполнимым, а у сторон появляется доступ к государственным судам. Суд пришел к выводу, что § 1023(1) Гражданского процессуального уложения Германии в новой редакции больше не требует от несостоятельной стороны обоснования ее отказа от исполнения арбитражного соглашения, поскольку нехватка денежных средств сама по себе влечет неисполнимость арбитражного соглашения.

<1> Judgment of 14 Sept. 2000, III ZR 33/00 (German Bundesgerichtshof). CLOUT Case No. 404 // <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/879/59/PDF/V0187959.pdf?OpenElement> (С. 8).

В соответствии с § 1032(1) Гражданского процессуального уложения Германии, если в суд подан иск по делу, которое является предметом третейского соглашения, суд должен отклонить иск как недопустимый, поскольку ответчик до начала устного разбирательства по существу дела заявил основанное на этом возражение, за исключением случаев, когда суд установил, что третейское соглашение ничтожно, недействительно или невыполнимо <1>.

<1> Гражданское процессуальное уложение Германии и Вводный закон. 2-е изд., перераб. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС "КонсультантПлюс").

Также суд пришел к выводу, что нехватка денежных средств не повлечет автоматическую неисполнимость арбитражного соглашения только в том случае, если будет установлено, что нехватка денежных средств у одной из сторон возникла в результате ее собственных недобросовестных действий.

Более того, в одном деле суд пришел к выводу, что, для того чтобы иметь возможность обратиться в государственный суд, истец не должен даже пытаться инициировать арбитражное разбирательство, поскольку неспособность финансировать арбитражное разбирательство автоматически влечет неисполнимость арбитражного соглашения с того момента, когда она возникла <1>.

<1> Judgment of 13 Aug. 2001 (Kammergericht Berlin). Английский текст решения доступен по ссылке: www.disarb.de/en/47/datenbanken/rspr/kg-berlin-case-no-2-w-8057-99-date-2001-08-13-id222. Также см.: Judgment of 5 June 2013, 18 W 32/13 (Higher Regional Court of Cologne) referencing BGH, 14 Sept. 2000.

Отдельно следует отметить решение Апелляционного суда Мюнхена <1>, в котором суд хотя и пришел к выводу, что недостаток денежных средств предоставляет несостоятельной стороне возможность обратиться в государственный суд, однако особо подчеркнул, что несостоятельная сторона должна приложить максимальные усилия для того, чтобы оплатить все необходимые расходы на ведение арбитражного разбирательства. Только в случае объективной неспособности несостоятельной стороны найти денежные средства для ведения арбитражного разбирательства этой стороне открывается возможность защищать свои права в государственных судах.

<1> OLG Munchen, 29 February 2012, Az. 34 SchN 6/11. Описание дела на англ. яз.: Granier T. Op. dt. P. 108 - 124.

В данном деле бывший акционер компании подал иск против самой компании и ее акционеров, заявляя о том, что он имеет право на получение части прибыли компании.

После двух лет ведения почти безрезультатного арбитражного разбирательства истец начал разными способами пытаться его прекратить в одностороннем порядке, ссылаясь на § 314 ГГУ, в соответствии с которым любая сторона имеет право на одностороннее расторжение договора, предусматривающего длящееся обязательство, в случае непреодолимой силы. Нехватка

денежных средств на ведение арбитражного разбирательства, по мнению истца, относилась к обстоятельствам непреодолимой силы.

Таким образом, истец ходатайствовал о невозможности продолжать арбитражное разбирательство. Суд тщательно проанализировал ссылки истца на отсутствие у него денежных средств и пришел к выводу, что состояние истца объективно не препятствует ему финансировать арбитражное разбирательство. В частности, суд указал, что истец являлся владельцем 50% акций компании, которая, в свою очередь, владела недвижимостью. Несмотря на ссылки истца на невозможность продать причитающуюся ему долю в недвижимости, поскольку он мог бы продать ее по лучшей цене, если бы продажа случилась в другое время, суд пришел к выводу, что истец не доказал, что продажа была невозможной.

Таким образом, суд отказал истцу в обращении в государственный суд, поскольку у истца оставались нереализованные активы, которые он мог бы продать для финансирования арбитражного разбирательства. Следовательно, суд пришел к обоснованному выводу, что нехватка денежных средств, на которую ссылался истец, не может выступать в качестве обстоятельства непреодолимой силы, обосновывающего возможность неисполнения арбитражного соглашения, при наличии у истца нереализованных активов.

1.3. Франция

Что касается отношения французских судов к нехватке денежных средств на ведение арбитражного разбирательства, то в отличие от Германии суды всегда были склонны придерживаться позиции, что сторона не может уклониться от исполнения арбитражного соглашения, ссылаясь на свою несостоятельность <1>. Французские суды всегда стараются обосновать исполнимость арбитражного соглашения <2>.

<1> Gaillard E. *Impecuniosity of Parties and its Effect on Arbitration - A French view // Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* 2004. P. 67; *Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V., Amparo Directo 465/2005, Tesis Aislada I.3o.C. 522, 2 Sept. 2005; S.A.R.L. Lola fleurs v. Societe Monceau fleurs et autres, 4 Rev. Arb. 749, 751 (2013) (Paris Cour d'appel).*

<2> Kuhner D. *Op. cit.*; Moyano J.P. *Op. cit.* P. 636.

Склонность французского правопорядка к признанию действительности и исполнимости арбитражных соглашений отражена в ст. 1448 Гражданского процессуального кодекса Франции. В соответствии с этой статьей государственный суд должен отказать в признании своей юрисдикции, за исключением случаев, когда он придет к выводу, что арбитражное соглашение **явно недействительно** или **явно неисполнимо** <1>.

<1> https://sccinstitute.com/media/37105/french_law_on_arbitration.pdf

В том случае, когда одна из сторон испытывает недостаток денежных средств, суды применяют стандарт, заложенный в ст. 1448 Гражданского процессуального кодекса Франции, а именно анализируют, влечет ли нехватка денежных средств явную неисполнимость арбитражного соглашения <1>.

<1> Kuhner D. *Op. cit.*

Примечательно, что в отличие от схожего по направленности положения Гражданского процессуального [уложения](#) Германии Гражданский процессуальный кодекс Франции требует, чтобы арбитражное соглашение было **явно** недействительным или **явно** неисполнимым. Таким образом, следуя букве закона, порог доказывания неисполнимости арбитражного соглашения во Франции выше, чем в Германии.

В поддержку исполнимости арбитражного соглашения Апелляционный суд Франции прямо высказался в 2013 г. <1> Суд рассматривал дело *Lola fleurs*, в котором истец ссылаясь на неисполнимость соглашения в связи с отсутствием у него необходимых денежных средств на инициирование арбитражного разбирательства. Истец заявлял о неисполнимости арбитражного соглашения, ссылаясь на лишение доступа к правосудию. Суд категорично отверг данный аргумент и заключил, что подобные заявления не могут повлечь неисполнимость арбитражного соглашения. В то же время суд указал, что на составе арбитража лежит обязанность убедиться в доступе сторон к правосудию. Непринятие арбитрами соответствующих мер может повлечь за собой санкции на последующих стадиях разбирательства. Вместе с тем суд не привел в пример конкретных мер, которые, по его мнению, должны быть приняты составом арбитража для обеспечения доступа сторон к правосудию.

<1> S.A.R.L. *Lola fleurs* v. *Societe Monceau fleurs et autres*, 4 Rev. Arb. 749, 751 (2013) (Paris Cour d'appel).

В качестве исключения из практики французских судов в пользу исполнимости арбитражного соглашения можно отметить дело *Societe TRH Graphics*, в котором суд все же признал арбитражную оговорку неисполнимой. В данном деле ответчик отказался уплачивать свою часть аванса на расходы, в то время как истец отказался платить долю ответчика. В судебном разбирательстве ответчик ходатайствовал о возвращении спора в арбитраж, однако суд отклонил ходатайство на том основании, что именно из-за нарушения со стороны ответчика разбирательство было перенесено в суд <1>.

<1> Moyano J.P. Op. cit. P. 636. *Societe TRH Graphics* v. *Societe Offset Aubin*, Judgment of 19 Nov. 1991, 3. Rev. Arb. 462, 463 (1992) (French Cour de cassation civ. 1e).

В то же время когда дело касается нехватки денежных средств, подтвержденной введением процедур банкротства в отношении одной из сторон, то подход французских судов уже совсем иной.

Во Франции суды придерживаются принципа приостановления взыскания индивидуальной задолженности в случае, если одна из сторон находится в процедуре банкротства. Данный принцип был даже назван частью французского и международного публичного порядка <1>.

<1> Poudret J.-F., Besson S. *Comparative Law of International Arbitration*. P. 504.

Приостановление арбитражного разбирательства предполагает, что кредитор (истец, инициировавший арбитражное разбирательство) должен предъявить иск к должнику в рамках процедуры банкротства, и арбитражное разбирательство может продолжиться только после проверки требования кредитора и признания его действительным <1>. Также необходимо отметить, что состав арбитража не будет вправе вынести решение, обязывающее должника заплатить долг. Вынесенное арбитражное решение может исключительно подтвердить

существование требования <2>. Подобное правило касается только банкротных процедур, подчиненных французскому праву.

<1> Ibid.

<2> Ст. 48 Французского закона о банкротстве (uniquement a la constatation des creances et a la fixation de leur montant); Rosell J, Prager H. International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC // Journal of International Arbitration. Vol. 18. No. 4. 2001. P. 423.

1.4. США

В США суды по-разному разрешали вопрос о последствиях невозможности одной из сторон оплатить аванс расходов на ведение арбитражного разбирательства.

В деле Sink v. Aden Enter, Inc. <1> истец до начала арбитражного разбирательства обратился в суд, однако ответчик ходатайствовал об оставлении искового заявления без рассмотрения в связи с наличием действительной арбитражной оговорки. Суд удовлетворил ходатайство ответчика, однако впоследствии ответчик отказался платить свою часть аванса на расходы на ведение арбитражного разбирательства. Истец, в свою очередь, вновь обратился в суд. Ответчик возражал, аргументировав это тем, что у него появились денежные средства на ведение арбитражного разбирательства. Однако суд принял исковое заявление истца к производству и заключил, что сторона не может обращаться в арбитраж в случае, если эта сторона нарушила свое обязательство по оплате расходов после оставления судом искового заявления без рассмотрения.

<1> Sink v. Aden Enterprises, Inc., 352 F.3d 1197, 1201 - 1202 (9th Cir. 2003) // <http://case-law.findlaw.com/us-9th-circuit/1061716.html>.

В схожем по фактам деле - Pre-Paid Legal Services, Inc. v. Cahill <1> - суд также принял исковое заявление к производству, заключив, что ответчик нарушил обязательство и больше не может ходатайствовать о передаче дела в арбитраж.

<1> Pre-Paid Legal Services, Inc. v. Cahill, 786 F.3d 1287, 1294 (10th Cir. 2015). К тому же выводу пришел суд в деле Garcia v. Mason Contract Prods., LLC, 2010 WL 3259922 (S.D. Fla., 2010). Wolf v. Nissan Motor Acceptance Corp. 2015 WL 733237 (D.N.J 2015). В данном деле суд пришел к выводу о своей возможности рассматривать спор, после того как ответчик не смог заплатить регистрационный сбор.

Некоторые суды в США приходили к выводу, что неуплата регистрационного сбора или своей части аванса на расходы является не нарушением своих обязанностей, а отказом (waiver) от права на рассмотрение спора в арбитраже <1>.

<1> Norgren, Inc. v. Ningbo Prance Long, Inc., 2015 WL 5562183 (D. Colo., 2015); Sanderson Farms, Inc. v. Gatlin, 848 So. 2d 828 (Miss., 2003).

Однако, как правило, суды устанавливают очень высокий порог доказывания для того, чтобы признать, что отказ стороны от оплаты своей части расходов является отказом от права на передачу спора в арбитраж.

См., напр.: Brandifino v. CryptoMetrics, Inc., 896 N.Y.S.2d 623, 630 (N.Y. Sup.Ct., 2010): "Суд не готов сделать вывод о наличии в данном деле отказа от права без наделения стороны еще одной попыткой выразить волю на передачу спора в арбитраж в соответствии с соглашением сторон".

Если дело касается начала банкротных процедур в отношении одной из сторон, то в соответствии со ст. 362 Банкротного кодекса США начало банкротных процедур является основанием для приостановления любого текущего разбирательства, в том числе и арбитражного <1>. Однако ст. 362(d)(1) предусматривает, что сторона может избежать приостановления текущего разбирательства в случае, если на это есть "причина" (for cause) <2>. Такой "причиной" судебной практикой было признано желание стороны продолжать разбирательство в другом форуме <3>.

<1> Статья 362 Банкротного кодекса США. Rosell J., Prager H. Op. cit. P. 418.

<2> <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-section362&num=0&edition=prelim>.

<3> In Re Sonnax Industries, Inc. v. Tri Component Products Corp., 907 F.2d 1280 (2d Cir. 1990) // <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/907/1280/269407/>.

В деле United States Lines суд обозначил стандарт, который должен быть применен к вопросу о том, возможно ли продолжение разбирательства в арбитраже: "арбитражная оговорка должна быть исполнена в том случае, если это не ставит под серьезную угрозу цели Банкротного кодекса" <1>.

<1> Resell J., Prager H. Op. cit. P. 420; Arbitration clause should be enforced unless [doing so] would seriously jeopardize the objectives of the Code. In Re United States Lines (2d Cir. 1999) // <http://www.admiraltylawguide.com/circt/2nduslines.html>.

2. Подход российских судов

В России вопрос о судьбе арбитражной оговорки при отсутствии у одной из сторон денежных средств на финансирование арбитражного разбирательства несколько раз рассматривался Верховным Судом РФ (далее - ВС РФ) <1>. Однако нельзя сказать, что практика ВС РФ по разрешению данной проблемы является единообразной.

<1> Вопрос о соотношении права сторон на доступ к правосудию и обязанности арбитражного соглашения впервые получил оценку со стороны высшей судебной инстанции (ВС РФ) в 2015 г. ([Определение](#) ВС РФ от 22.12.2015 N 307-ЭС15-16788 (СПС "КонсультантПлюс"). Здесь и далее судебная практика российских судов приводится по СПС "КонсультантПлюс").

Практику ВС РФ можно условно разделить на дела, в которых Суд рассматривал ситуации, когда несостоятельность стороны, связанной арбитражной оговоркой, была подтверждена введением процедур банкротства, и на дела, когда сторона использует иные доказательства своей несостоятельности.

Однако подход ВС РФ в отношении каждой из двух данных ситуаций сложно назвать единообразным.

Анализ российской судебной практики будет разделен на две части: судебные дела, в

которых ВС РФ высказался за сохранение арбитражной оговорки, несмотря на нехватку денежных средств/банкротство, и дела, в которых ВС РФ пришел к противоположному выводу.

2.1. Судебные дела, в которых ВС РФ пришел к выводу об исполнимости арбитражной оговорки

2.1.1. Отсутствие у стороны денежных средств, не подтвержденное ее нахождением в состоянии банкротства

Первым делом, в котором ВС РФ высказался об исполнимости арбитражной оговорки, несмотря на заявление истца об отсутствии у него денежных средств на уплату третейского сбора, стало дело ЗАО "НПФ "Самарские горизонты" против ООО "Бурнефть" <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 26.01.2016 N 309-ЭС15-18145.

В данном деле договор на оказание услуг по инженерно-технологическому сопровождению бурения скважины, заключенный между сторонами, содержал условие о передаче спора на разрешение третейского суда. Истец - ЗАО "НПФ "Самарские горизонты" - предъявил иск в Арбитражный суд Оренбургской области об изменении условий договора в части рассмотрения споров в Арбитражном межотраслевом третейском суде, заявив о необходимости рассмотрения споров в Арбитражном суде Оренбургской области по месту нахождения ответчика, а также представил свои исковые требования по существу <1>.

<1> Определение Арбитражного суда Оренбургской области от 11.06.2015 по делу N А47-4697/2015.

Свои требования об изменении условий договора в части разрешения споров истец мотивировал тем, что его право на судебную защиту будет нарушено по причине отсутствия денежных средств на уплату третейского сбора. Арбитражный суд Оренбургской области пришел к выводу, что "[д]овод истца, о нарушении его прав на судебную защиту по причине отсутствия у истца денежных средств на уплату третейского сбора является несостоятельным, поскольку не является объективным фактором невозможности защиты своих интересов. Юридическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, несет риски наступления неблагоприятных последствий, должно действовать с должной осмотрительностью. Договор подписан сторонами, список приложений согласован без разногласий. Таким образом, отсутствие денежных средств у истца на счете не препятствует исполнению третейского соглашения". Исковое заявление было оставлено судом без рассмотрения в соответствии с [п. 5 ч. 1 ст. 148](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ).

Затем истец обратился с кассационной жалобой в Арбитражный суд Уральского округа, который оставил в силе решения суда первой инстанции, заключив, что, "[у]читывая наличие договорных отношений и соглашения о третейском разбирательстве, истец как сторона договора для реализации своих прав должен предпринимать все необходимые и достаточные меры для своей своевременной и эффективной защиты" <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 21.09.2015 по делу N А47-4697/2015.

После этого истец обратился с кассационной жалобой в ВС РФ (жалобу рассматривала судья

Е.Н. Золотова), который в определении об отказе в передаче кассационной жалобы на рассмотрение в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам подтвердил обоснованность оставления искового заявления без рассмотрения в связи с наличием между сторонами действующего и исполнимого арбитражного соглашения, однако не сделал каких-либо самостоятельных выводов, согласившись с позицией нижестоящих судов <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 26.01.2016 N 309-ЭС15-18145.

В другом недавнем деле (ООО "Редиус-Т" против ООО "ГСЕ Красс") истец - ООО "Редиус-Т" - обратился в Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области с исковыми требованиями к ответчику, несмотря на то что в соответствии с договором поставки, заключенным между сторонами, все споры подлежали разрешению третейским судом в соответствии с Правилами Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, с местом арбитража в г. Стокгольме <1>.

<1> Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 06.06.2016 по делу N А56-13914/2016.

Суд первой инстанции оставил исковые требования истца без рассмотрения, указав, что "[д]овод истца о нарушении его прав на судебную защиту по причине отсутствия у него денежных средств на уплату третейского сбора является несостоятельным в связи с тем, что не является объективным фактором невозможности защиты своих интересов в третейском суде".

Истец, не согласившись с выводами суда первой инстанции, обратился с апелляционной жалобой в Тринадцатый арбитражный апелляционный суд. Суд удовлетворил жалобу истца и отменил решение суда первой инстанции <1>. При обращении в суд апелляционной инстанции истец также указал, что он уже обращался в Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма, но производство по делу было прекращено в связи с неуплатой им регистрационного сбора. По словам истца, "[р]егистрационный сбор не мог и не может быть уплачен истцом в связи с его значительным размером и отсутствием у истца необходимых средств". Суд пришел к выводу, что оставление искового заявления без рассмотрения нарушает право истца на судебную защиту, поскольку истец уже обращался в Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма, но его просьба об арбитраже была отклонена в связи с неуплатой истцом регистрационного сбора в размере 2 000 евро.

<1> [Постановление](#) Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.08.2016 по делу N А56-13914/2016.

Суд апелляционной инстанции установил, что нехватка денежных средств у истца подтверждается "справками налогового органа об открытых счетах, справками кредитных организаций", а также принятием обеспечительных мер по делу, в котором ООО "Редиус-Т" выступает ответчиком, исполнительным листом на взыскание с ООО "Редиус-Т" 321 000 долл. США задолженности за товар и 3 437 долл. США на уплату третейского и регистрационного сборов. Ответчик ссылался на то, что данная задолженность является искусственно созданной, однако суд апелляционной инстанции отклонил этот довод как неподтвержденный. Суд также отметил, что будущие расходы на ведение арбитражного разбирательства в г. Стокгольме являются явно непомерными для истца <1>.

<1> "При этом апелляционный суд находит подтвержденными доводы истца о том, что помимо регистрационного сбора в процессе арбитражного разбирательства в Стокгольме истец будет обязан понести расходы в размере около 33 745 евро: гонорар председателя арбитража - 10 808 евро; средний гонорар одного арбитра - 6 485 евро (*2); административный сбор Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма - 5 565 евро; накладные расходы - 4 401 евро".

Таким образом, суд пришел к выводу, что истец принял все зависящие от него меры для защиты своих прав и доказал отсутствие возможности защитить свои права в Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма.

Ответчик обжаловал данное постановление в Арбитражный суд Северо-Западного округа <1>. Суд кассационной инстанции, в свою очередь, отменил решение суда апелляционной инстанции, установив, что "[о]тсутствие у ООО "Редиус-Т" в настоящий момент денежных средств для уплаты регистрационного сбора не может являться основанием для признания третейской оговорки неисполнимой".

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Северо-Западного округа от 03.11.2016 по делу N А56-13914/2016.

Также суд привел еще один важный аргумент в пользу исполнимости арбитражной оговорки, а именно то, что иной подход позволил бы стороне в одностороннем порядке изменять условия достигнутого соглашения в части разрешения споров и по собственному усмотрению выбирать уполномоченный форум. Поскольку в данном деле ничто не свидетельствовало о том, что ООО "Редиус-Т" заключило договор под принуждением или с какими-либо иными пороками воли, то выбор сторон в пользу разрешения их споров в арбитраже суд посчитал действительным.

Истец впоследствии обжаловал постановление суда кассационной инстанции в ВС РФ. До рассмотрения дела Российская Арбитражная Ассоциация, действуя как *amicus curiae*, подготовила документ, адресованный судье Н.В. Павловой, в котором обобщила практику основных зарубежных правовых порядков по вопросу влияния нехватки денежных средств на исполнимость арбитражного соглашения <1>.

<1> <http://arbitrations.ru/upload/medialibrary/693/amicus4.pdf>

Коллегия судей ВС РФ в итоге согласилась с выводами судов первой и кассационной инстанций: "Факт тяжелого финансового положения стороны - коммерческой организации не может сам по себе свидетельствовать о неисполнимости третейского соглашения, а также не обязывает государственный суд рассмотреть заявленные требования по существу при наличии действительной и исполнимой арбитражной оговорки. Учитывая специфику данных правоотношений, обусловленную сложностью сбора доказательств, к таким делам подлежит применению более высокий стандарт доказывания. Сторона при обращении с соответствующим требованием в государственный суд обязана доказать те обстоятельства, которые, по ее мнению, препятствуют рассмотрению спора в третейском суде, в том числе свое финансовое положение, которое не позволяет ей реализовать право на разрешение спора в форме, согласованной участниками правоотношения (например, состояние банкротства)" <1>.

<1> [Определение](#) Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 12.07.2017 по делу N 307-ЭС17-640. Данное дело было впоследствии подтверждено [Определением](#) ВС РФ от

11.12.2017 N 307-ПЭК17. Истец обратился с надзорной жалобой на Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 12.07.2017. Судья ВС РФ Г.Г. Кирейкова отказала в передаче надзорной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Президиума ВС РФ, указав, что "в отсутствие доказательств, подтверждающих объективные причины возникновения такого финансового положения, при котором у истца не имеется возможности уплатить третейский сбор, суды приняли во внимание доводы и обоснования другой стороны, согласно которым затруднительное финансовое положение намеренно создано истцом, активы которого перераспределены в пользу входящих в одну с ним группу аффилированных лиц".

Представляется, что веским фактором, повлиявшим на судебную коллегию, стало то, что ответчику во многом удалось доказать, что неблагоприятное финансовое положение истца было создано им намеренно, чтобы избежать арбитражного разбирательства, в то время как истец "является участником группы аффилированных лиц, успешно функционирующих", а "активы истца перераспределены в пользу аффилированных с ним юридических лиц".

Сомнение вызывает только категоричный вывод ВС РФ о том, что состояние банкротства, бесспорно, препятствует рассмотрению спора в арбитраже. Ведь на момент рассмотрения этого дела ВС РФ уже дважды приходил к диаметрально противоположному выводу, а именно что банкротство не является объективным фактором, влекущим неисполнимость оговорки о рассмотрении спора в третейском суде.

В целом Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ получило достаточно положительные отзывы со стороны представителей арбитражного сообщества <1>. В частности, особо отмечалась правильность вывода ВС РФ о том, что тяжелое материальное состояние стороны само по себе не влечет неисполнимости арбитражной оговорки, а следовательно, для того, чтобы иметь возможность обратиться в государственный суд, нужно удовлетворить высокий порог доказывания <2>.

<1> Усоскин С.В. Отсутствие средств на оплату арбитража - не повод для игнорирования арбитражной оговорки, кроме крайне исключительных случаев. Комментарии экспертов (А.В. Козьменко, А.К. Калдыбаев, М.А. Кульков, Н. Петрик, Е.А. Трусова) // Третейский суд. 2017. N 3. С. 84 - 92.

<2> Там же. С. 88.

2.1.2. Отсутствие у стороны денежных средств, подтвержденное ее нахождением в состоянии банкротства

Первым подобным делом стало дело ОАО "Томский электросетевой ремонт" против ПАО "Томская распределительная компания". В данном деле конкурсный управляющий ОАО "Томский электросетевой ремонт" обратился в суд с иском к ПАО "Томская распределительная компания" о взыскании задолженности по договору подряда, несмотря на то что в соответствии с договором все споры между сторонами подлежали разрешению в Третейском суде при НП "Объединение организаций, осуществляющих строительство, реконструкцию и капитальный ремонт энергетических объектов, сетей и подстанций "ЭНЕРГОСТРОЙ". Истец утверждал, что "предприятие истца признано несостоятельным (банкротом), в отношении его открыто конкурсное производство; имущественное положение предприятия не позволяет уплатить третейский сбор; третейская оговорка нарушает права предприятия-банкрота на доступ к правосудию" <1>.

<1> Определение Арбитражного суда Томской области от 28.08.2015 по делу N А67-

4741/2015.

Суд первой инстанции оставил исковое заявление без рассмотрения и отклонил довод истца о неисполнимости третейской оговорки, поскольку истец не доказал отсутствие денежных средств и имущества, которые могут быть реализованы в рамках конкурсного производства. Также на решение суда первой инстанции повлиял тот факт, что истец не обращался в Третейский суд за разрешением спора и не ходатайствовал о предоставлении ему отсрочки уплаты третейского сбора. Суд апелляционной инстанции поддержал выводы суда первой инстанции <1>. Истец в апелляционной жалобе настаивал на том, что договор между сторонами был заключен по результатам аукциона на основании типового проекта договора, утвержденного ответчиком, что, в свою очередь, свидетельствовало о навязывании истцу условия о разрешении споров в третейском суде. Суд апелляционной инстанции отклонил подобный довод на том основании, что истец при заключении договора мог настаивать на изменении его условий, что, однако, сделано не было.

<1> [Постановление](#) Седьмого апелляционного арбитражного суда от 07.10.2015 по делу N А67-4741/2015.

Суд апелляционной инстанции также пришел к выводу о том, что истец искусственно создал видимость тяжелого материального положения, в то время как в конкурсной массе имелось имущество, достаточное для уплаты третейского сбора.

Суд отметил, что "[с]ам по себе факт нахождения истца в процедуре банкротства не может являться основанием для освобождения последнего от обязанности соблюдать положения заключенного договора, условия которого стали результатов [sic!] свободного волеизъявления двух сторон, в том числе в части рассмотрения споров в третейском суде, а также способствовать злоупотреблению правом со стороны ОАО "ТЭСР" и получению преимущества по сравнению с ответчиком при решении вопроса о порядке защиты своих гражданских прав".

Суд кассационной инстанции поддержал выводы нижестоящих судов <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.01.2016 по делу N А67-4741/2015.

Впоследствии ОАО "Томский электросетевой ремонт" обратилось с кассационной жалобой в ВС РФ. В своей кассационной жалобе истец заявил новый довод: рассмотрение спора в третейском суде существенно увеличит материальные затраты истца, это приведет к нарушению прав конкурсных кредиторов истца. ВС РФ отклонил доводы, заявленные в кассационной жалобе, и пришел к выводу, что сам по себе факт нахождения истца в процедуре банкротства не освобождает его от надлежащего исполнения договора, в том числе в части предусмотренной им процедуры разрешения споров <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 16.05.2016 N 304-ЭС16-3766.

Вторым делом, когда ВС РФ высказался об исполнимости третейской оговорки, несмотря на банкротство истца, является ООО "Форест" против Z&J Technologies GmbH. В данном деле ООО "Форест" обратилось в суд с иском к Z&J Technologies GmbH о расторжении договора взаимной уступки права требования и признании недействительной арбитражной оговорки, согласно которой все споры между сторонами подлежали разрешению в Международном коммерческом

арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Суд первой инстанции оставил исковые требования без рассмотрения в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ <1>. На Определение суда первой инстанции конкурсным управляющим ООО "Форест" была подана апелляционная жалоба, в которой он ссылаясь на то, что ООО "Форест" находится в процедуре банкротства и что у общества отсутствуют денежные средства на уплату регистрационного сбора и аванса на арбитражные расходы, в связи с чем нарушаются права истца на доступ к правосудию.

<1> Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 17.11.2015 по делу N А56-50929/2015.

Суд апелляционной инстанции поддержал доводы апелляционной жалобы и пришел к выводу, что "у истца не имеется возможности произвести платежи, необходимые для обращения в третейский суд, в данном случае исполнение третейского соглашения невозможно" <1>. Нахождение истца в процедуре банкротства было признано объективным фактором, влекущим неисполнимость арбитражного соглашения <2>. Постановление суда апелляционной инстанции было отменено Постановлением суда кассационной инстанции <3>. Суд кассационной инстанции пришел к выводу, что арбитражное соглашение является исполнимым, поскольку "[о]тсутствие у Общества в настоящий момент денежных средств для уплаты арбитражного сбора не может быть основанием для признания третейской оговорки неисполнимой. Указанная причина предполагаемого неисполнения соглашения не является объективной. Юридическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, несет риски наступления неблагоприятных последствий. Учитывая наличие договорных отношений и соглашения о третейском разбирательстве, истец как сторона договора должен был предпринять все необходимые и достаточные меры для своевременной и эффективной защиты своих прав".

<1> [Постановление](#) Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.03.2016 по делу N А56-50929/2015.

<2> "Следует отметить, что в данном случае невозможность уплаты сборов явилась следствием не субъективного отказа истца от исполнения принятых на себя обязательств, а вследствие наступившего события - признания истца несостоятельным (банкротом) вступившим в законную силу судебным актом, то есть по объективным основаниям. <...> При таких обстоятельствах, спор подлежал рассмотрению по существу судом первой инстанции, определение суда об оставлении иска без рассмотрения следует отменить. В силу положений [статьи 272](#) АПК РФ, с учетом того, что апелляционный суд лишь повторно рассматривает дело, а по существу спор судом первой инстанции не рассматривался, вопрос о рассмотрении спора следует направить на новое рассмотрение в суд первой инстанции".

<3> [Постановление](#) Арбитражного суда Северо-Западного округа от 08.06.2016 по делу N А56-50929/2015.

ООО "Форест" обратилось с кассационной жалобой в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ. В передаче жалобы для рассмотрения в судебном заседании было отказано, поскольку "доводы о том, что третейское соглашение не может быть исполнено в связи с отсутствием у истца денежных средств для уплаты третейского сбора, не могут свидетельствовать о недействительности и неисполнимости третейского соглашения и невозможности передачи на рассмотрение третейского суда, образованного при некоммерческой организации, гражданско-правового спора" <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 29.09.2016 N 307-ЭС16-12344.

Таким образом, ВС РФ как минимум дважды приходил к выводу об исполнимости арбитражной оговорки, несмотря на нехватку у истца денежных средств на уплату регистрационного и арбитражного сборов, и как минимум дважды - несмотря на нахождение истца в процедуре банкротства.

Однако ВС РФ уже делал и обратный вывод по каждой из категорий дел.

2.2. Судебные дела, в которых ВС РФ пришел к выводу о неисполнимости арбитражной оговорки <1>

<1> Необходимо отметить, что все судебные акты ВС РФ, проанализированные в рамках данного подхода, представляют собой определения ВС РФ об отказе в передаче дела на рассмотрение в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам. Однако представляется, что данные отказные определения могут свидетельствовать о складывающемся подходе ВС РФ, поскольку в данных определениях ВС РФ выражал свою позицию, ссылаясь на доводы, изложенные нижестоящими судами.

2.2.1. Отсутствие у стороны денежных средств, не подтвержденное ее нахождением в состоянии банкротства

Так, в одном деле ООО "Русинжиниринг" обратилось с исковыми требованиями к ПАО "Федеральная сетевая компания Единой энергетической системы" о взыскании долга по договору подряда, несмотря на то что в соответствии с договором все споры между сторонами подлежали разрешению в Третейском суде при Некоммерческой организации Фонд "Право и экономика ТЭК" (г. Москва). Истец ссылался на отсутствие денежных средств на расчетных счетах на уплату регистрационного и третейского сборов, на арест всех расчетных счетов. Также истец отметил, что уже обращался в Третейский суд с заявлением о невозможности уплатить полагающиеся сборы, в связи с чем Третейский суд вынес определение о возврате искового заявления. Суд первой инстанции указал, что отсутствие денежных средств, даже подтвержденное иницированием банкротных процедур, - субъективный фактор, который не является уважительной причиной и не может влечь неисполнимость третейской оговорки <1>.

<1> Определение Арбитражного суда г. Москвы от 04.10.2016 по делу N А40-113033/16-51-1014.

Также суд отметил, что предоставленные истцом доказательства отсутствия у него денежных средств, а именно справки ИФНС об открытых/закрытых расчетных счетах и ответы из банков об отсутствии денежных средств на расчетных счетах, "не являются свидетельством объективной картины финансового положения общества".

Данное решение представляет ценность в связи с тем, что суд изложил некоторые варианты возможного поведения истца для преодоления нехватки средств на уплату регистрационного и третейского сборов. Суд указал, что, во-первых, истец имел возможность обратиться в кредитное учреждение для получения заемных средств, которой он не воспользовался. Во-вторых, истец имел возможность уступить права требования к ответчику другому лицу, которое обладает денежными средствами на ведение третейского разбирательства. Более того, истец уже уступал свои права по ряду договоров. В-третьих, суд указал, что правила третейского разбирательства допускают уплату расходов на ведение третейского разбирательства любым третьим лицом, в том числе конечными бенефициарами юридического лица, что является распространенной практикой

как в России, так и за рубежом. В-четвертых, истец имеет право в любое время повторно обратиться в третейский суд за защитой, как только препятствие в виде отсутствия денежных средств будет им преодолено.

Суд апелляционной инстанции поддержал выводы суда первой инстанции: "Согласно общему принципу гражданского права отсутствие необходимых денежных средств не является обстоятельством, освобождающим должника от исполнения обязательства" <1>.

<1> [Постановление](#) Девятого арбитражного апелляционного суда от 26.12.2016 N 09АП-64322/2016 по делу N А40-113033/16.

Однако впоследствии суд кассационной инстанции отменил судебные акты нижестоящих судов и отправил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции, придя к выводу о неисполнимости третейской оговорки на том основании, что истцом принимались все зависящие от него меры по привлечению денежных средств, а именно: истцом принимались меры по получению кредита в банке, но ему было отказано, участники истца также не согласились оказать материальную поддержку юридическому лицу, что подтверждено протоколом общего собрания участников, а также все имущество и расчетные счета истца находятся под арестом <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Московского округа от 28.02.2017 по делу N А40-113033/16.

Более того, суд кассационной инстанции отметил, что "сам факт утраты возможности рассмотрения спора в третейском суде и рассмотрение возникшего конфликта сторон в государственном судебном органе Российской Федерации не может рассматриваться и как существенное нарушение прав и законных интересов ответчика в лице ПАО "Федеральная сетевая компания Единой энергетической системы". Таким образом, суд сделал крайне спорный вывод, что пренебрежение соглашением сторон в части рассмотрения споров в третейском суде и замена этого соглашения абсолютно другой процедурой разрешения споров в государственном суде, от которой стороны намеренно отказались, не являются существенным нарушением прав и законных интересов ответчика.

ВС РФ в лице судьи Н.В. Павловой отказал в передаче кассационной жалобы ПАО "Федеральная сетевая компания Единой энергетической системы" на рассмотрение в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ, повторив, по сути, все аргументы суда кассационной инстанции <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 27.06.2017 N 305-ЭС17-7254.

2.2.2. Отсутствие у стороны денежных средств, подтвержденное ее нахождением в состоянии банкротства

В двух делах, в которых ВС РФ приходил к выводу о неисполнимости арбитражной оговорки ввиду банкротства истца, ВС РФ представлял новые доводы или поддерживал доводы нижестоящих судов в пользу вывода о неисполнимости арбитражной оговорки.

В деле ООО "Мозель" против ООО "Лента" ООО "Мозель", находящееся в процедуре банкротства, обратилось в Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском о взыскании задолженности по договору поставки. Договор

предусматривал, что все споры между сторонами подлежат разрешению в Постоянно действующем третейском суде "Санкт-Петербургский арбитраж". Суд первой инстанции оставил исковые требования истца без рассмотрения <1>.

<1> Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 28.05.2015 по делу N А56-86904/2014.

Суд апелляционной инстанции пришел к противоположному выводу и отправил дело на новое рассмотрение, указав на то, что "[о]ставление иска без рассмотрения по причине третейской оговорки от 01.01.2012 нарушает права кредиторов ООО "Мозель", поскольку судебное разбирательство в третейском суде осуществляется в ограниченном субъектном составе, без допустимости обжалования решения третейского суда, чем создаются препятствия для формирования конкурсной массы, выполнения обязанностей конкурсного управляющего и реализации конкурсными кредиторами прав на обжалование решения суда, влияющего на размер конкурсной массы, допускаемого при рассмотрении [sic!] дела в арбитражном суде" <1>.

<1> [Постановление](#) Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.08.2015 по делу N А56-86904/2014. Подтверждено [Постановлением](#) Арбитражного суда Северо-Западного округа от 19.10.2015 по делу N А56-86904/2014.

Дело дошло до ВС РФ, который поддержал нижестоящие акты и отказал в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ, повторив аргументацию нижестоящих судов <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 22.12.2015 N 307-ЭС15-16788.

В другом деле ООО "Энергетическая компания "Урал Промышленный - Урал Полярный" обратилось в Арбитражный суд Ямало-Ненецкого автономного округа с иском о взыскании неосновательного обогащения по факту ненадлежащего выполнения работ по договору подряда. В договоре подряда содержалась арбитражная оговорка о передаче всех споров между сторонами на разрешение в соответствии с арбитражным регламентом Международной торговой палаты (МТП) тремя арбитрами, с местом арбитража в Вене.

Истец заявлял о неисполнимости арбитражной оговорки в связи с нахождением истца в процедуре банкротства и отсутствием денежных средств на ведение арбитражного разбирательства.

Суд первой инстанции оставил исковое заявление без рассмотрения, поскольку пришел к выводу, что "сам по себе факт нахождения истца в процедуре банкротства не освобождает последнего от исполнения установленного соглашением сторон порядка рассмотрения споров. Отказ от арбитражного соглашения может быть вызван только фактическим отсутствием денежных средств у истца на финансирование арбитражных расходов, за исключением случаев, когда такой истец злоупотребляет своим правом" <1>.

<1> Определение Арбитражного суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 23.08.2017 по делу N А81-4101/2016.

Однако суд апелляционной инстанции пришел к иному выводу, а именно что "процедуры банкротства носят публично-правовой характер" и что открытие в отношении истца процедуры конкурсного производства "влечет к вынуждению его уступить право требования, с достаточной степенью вероятности, с большим дисконтом", что, в свою очередь, нарушает интересы конкурсных кредиторов истца, "вынужденных дополнительно претерпевать от затягивания формирования и дополнительного расходования конкурсной массы" <1>.

<1> [Постановление](#) Восьмого Арбитражного апелляционного суда от 02.02.2017 по делу N А81-4101/2016.

Суд кассационной инстанции согласился с выводами суда апелляционной инстанции, указав, что "производство по рассмотрению спора третейским судом предусмотрено на английском языке в г. Вене, предполагается возникновение транспортных расходов, расходов на проживание, решение визовых вопросов, затрат на переводы, вместе с тем профессиональная подготовка арбитражных управляющих не предполагает наличие соответствующих навыков и умений; конкретные условия третейской оговорки с учетом особенностей процедуры банкротства могут исключить для истца возможность судебной защиты, что нарушит интересы не только истца, но и его кредиторов" <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 23.03.2017 по делу N А81-4101/2016.

Ответчик обратился с кассационной жалобой в ВС РФ, однако в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ ему было отказано (судья Н.В. Павлова) <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 05.06.2017 N 304-ЭС17-5582.

Несмотря на то что ВС РФ поддержал решение суда кассационной инстанции и не удовлетворил кассационную жалобу ответчика, это не помешало судам прийти к иному выводу при повторном рассмотрении дела.

При повторном рассмотрении дела суд первой инстанции вновь оставил исковое заявление без рассмотрения в связи с наличием арбитражной оговорки. При этом суд первой инстанции обозначил ряд возможностей для истца исполнить соглашение, несмотря на нахождение в процедуре банкротства <1>: "Сам по себе факт нахождения истца в процедуре банкротства не освобождает последнего от исполнения установленного соглашением сторон порядка рассмотрения споров. Отказ от арбитражного соглашения может быть вызван только фактическим отсутствием денежных средств у истца на финансирование арбитражных расходов, за исключением случаев, когда такой истец злоупотребляет своим правом. В настоящем деле Истец располагает средствами для обеспечения исполнения Арбитражной оговорки. Суд признает доводы ответчика обоснованными.

<1> Определение Арбитражного суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 23.08.2017 по делу N А81-4101/2016. Подтверждено [Постановлением](#) Восьмого арбитражного апелляционного суда от 26.10.2017 по делу N А81-4101/2016 и [Постановлением](#) Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19.01.2018 по делу N А81-4101/2016.

Истец располагает активами на сумму свыше 9 миллиардов рублей.

Истец может минимизировать свои расходы на проведение арбитража посредством согласования с Ответчиком местом проведения устных слушаний г. Москву в соответствии со ст. 18 Регламента МТП.

Статья 124 Закона о банкротстве позволяет неоднократно продлять срок конкурсного производства на 6 месяцев, в связи с чем сроки рассмотрения настоящего спора в арбитраже не противоречат срокам проведения банкротных процедур.

Статья 112 Закона о банкротстве позволяет осуществить уступку дебиторской задолженности Истца третьему лицу".

Таким образом, несложно заметить, что подход ВС РФ в отношении проблемы отсутствия денежных средств на оплату расходов на арбитражное разбирательство варьируется. Причем, если в некоторых делах ВС РФ вслед за нижестоящими судами действительно анализирует материальное состояние стороны, заявляющей о финансовых сложностях, дает оценку представленным сторонами доказательствам наличия или отсутствия денежных средств на уплату регистрационного сбора и аванса на арбитражные расходы, то в других делах ВС РФ делает выводы, основываясь исключительно на абстрактных понятиях, таких как нарушение прав кредиторов или права стороны на судебную защиту без применения подобных понятий к фактическим обстоятельствам дела.

3. Обзор основных дискуссионных вопросов

Главная проблема, с которой сталкиваются суды, - это существование по всем признакам действительного соглашения сторон, которое не может быть исполнено по экономическим причинам <1>.

<1> Moyano J.P. Op. cit. P. 634.

В ситуациях, когда несостоятельной стороной является истец, он может реализовать свое исковое требование только в случае обращения в суд, если суд сочтет, что арбитражное соглашение неисполнимо, либо если он обратится за финансированием арбитражного разбирательства третьим лицом (third party funding) <1>.

<1> Zivkovic P. Op. cit. P. 35.

В случае если несостоятельной стороной является ответчик, а истец, в свою очередь, оплатил весь аванс на предстоящие расходы, то, несмотря на начавшееся арбитражное разбирательство, ответчик не в состоянии финансировать ведение разбирательства и представление своей позиции. В данном случае есть также возможность обратиться за финансированием разбирательства третьим лицом, но в случае неполучения финансирования от третьего лица есть вероятность, что будет нарушено право на защиту и представление позиции. Нарушение права на защиту и на представление позиции, в свою очередь, может стать основанием для отказа в признании и приведении в исполнение решения арбитража по такому спору <1>.

<1> Ibid.

Таким образом, отсутствие денежных средств у сторон арбитражного соглашения, будучи чисто экономическим фактором, который по общему правилу не влияет на обязательность исполнения заключенного соглашения, в данном случае ставит под угрозу воплощение важнейшего принципа - права стороны на доступ к правосудию. Поэтому в отличие от других ситуаций, при которых неисполнение обязательств по договору не может быть оправдано отсутствием денежных средств, неисполнение арбитражного соглашения по этой же причине в некоторых исключительных случаях может иметь место.

Важный вопрос, от ответа на который во многом зависело бы разрешение данной проблемы, - была бы сторона, согласившаяся на арбитражное разбирательство, согласна с тем, что в случае нехватки денежных средств на ведение арбитражного разбирательства она потеряет право на какую-либо защиту своих прав до тех пор, пока не восстановит свое финансовое благополучие? <1> Однако даже если ставить во главу угла истинное соглашение и намерение сторон, практически никогда нельзя за отсутствием дополнительной информации сказать наверняка - полностью ли стороны, заключившие арбитражную оговорку, отказались от какой-либо иной защиты или только под условием обязательной возможности обратиться в арбитраж <2>. Поэтому представляется, что в отсутствие явных доказательств того, что стороны заключили арбитражную оговорку только под условием свободного доступа к разрешению их споров в арбитраже в любой момент действия арбитражного соглашения, они должны были предполагать, что временные трудности с исполнением арбитражного соглашения не управомочивают их на обращение в другой форум.

<1> Wagner G. Poor Parties and German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles? // Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements? 2004. P. 12.

<2> Zivkovic P. Op. cit. P. 39.

Другой дискуссионный вопрос, от ответа на который могло бы зависеть разрешение проблемы, - вопрос о том, является ли нехватка денежных средств в принципе предвидимым обстоятельством на момент заключения арбитражного соглашения <1>.

<1> Poudret J.-F., Besson S. Op. cit. P. 325.

Есть точка зрения, что решение вопроса о возможности обратиться в государственный суд за защитой прав зависит от того, была ли нехватка денежных средств предвидимой в тот момент, когда арбитражное соглашение было заключено (т.е. испытывала ли сторона финансовые трудности уже в момент заключения соглашения) или же нехватка средств образовалась в результате непредвиденных и случайных обстоятельств <1>. Если сторона испытывала финансовые трудности в момент заключения арбитражного соглашения, то впоследствии она уже не может ссылаться на это обстоятельство как на основание для игнорирования арбитражной оговорки, поскольку выразила свою волю на рассмотрение споров арбитражем, принимая во внимание свое нестабильное финансовое состояние. В ином случае можно сказать, что возможность вести арбитражное разбирательство в условиях отсутствия денежных средств не охватывалась волей сторон в момент заключения арбитражного соглашения.

<1> Ibid.

Но также существует мнение, что стороны в любом случае не могут утратить возможность

обратиться за судебной защитой вне зависимости от того, было ли возможно предвидеть нехватку средств на момент заключения арбитражного соглашения <1>.

<1> Reiner A. Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration - From the Perspectives of Austrian Law // Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements? 2004. P. 41; Zivkovic P. Op. cit. P. 39.

Однако представляется, что решение вопроса о возможности обратиться в государственный суд будет зависеть не от того, предвидела ли или могла ли предвидеть сторона финансовые сложности в момент заключения арбитражного соглашения, а от того, входит ли ухудшение финансового состояния вне зависимости от того, насколько предвидимым оно было, в сферу ответственности этой стороны.

В свою очередь, ответ на этот вопрос будет во многом зависеть от того, осуществляет ли несостоятельная сторона предпринимательскую деятельность. Возможность избежать исполнения арбитражного соглашения, сославшись на непредвидимость наступления тяжелого финансового состояния, должна быть гораздо больше ограничена для коммерческой организации или индивидуального предпринимателя, нежели чем для физического лица. Именно тот факт, что юридическое лицо должно по общему правилу предвидеть вероятность наступления неблагоприятных финансовых последствий в результате своей деятельности, часто встречается в качестве обоснования исполнимости арбитражного соглашения в практике российских судов. Особое внимание следует также уделять вопросу о том, не явилось ли тяжелое финансовое состояние результатом недобросовестных действий стороны, что в любом случае должно влечь за собой отказ от принятия во внимание аргументов о невозможности финансировать арбитражное разбирательство. Даже в Германии, где суды чрезвычайно благосклонно открывают сторонам доступ к государственным судам, несмотря на наличие арбитражного соглашения, тот факт, что сторона намеренно могла создать видимость финансового неблагополучия, является препятствием для обращения этой стороны в государственный суд <1>.

<1> Judgment of 14 Sept. 2000, III ZR 33/00 (German Bundesgerichtshof). CLOUT Case No. 404.

Если придерживаться подхода, что в определенных ситуациях нехватка денежных средств может уполномочить государственный суд на рассмотрение спора, то сразу возникает ряд практических вопросов, например: как очертить границы понятия "отсутствие денежных средств"; как признать, какое количество денежных средств должно считаться достаточным для инициирования арбитражного разбирательства; как долго несостоятельная сторона должна находиться в данном состоянии, прежде чем обратиться в суд; кто будет определять достаточность или недостаточность денежных средств одной из сторон и каким образом <1>.

<1> Moyano J.P. Op. cit. P. 633.

Очевидно, что фактическая возможность стороны финансировать арбитражное разбирательство должна определяться с учетом обстоятельств каждого дела, а не путем выработки универсального стандарта. Впрочем, даже если придерживаться ситуативного подхода к разрешению проблемы, также довольно сложно очертить границы, когда нехватки у стороны денежных средств будет достаточно для признания арбитражной оговорки неисполнимой. В частности, как было отмечено английским апелляционным судом в деле Janos Paszy v. Haenlder & Natermann GmbH, у судов отсутствуют технические средства и механизмы оценки состоятельности стороны, которая путем отсылки к нехватке денежных средств пытается избежать необходимости

придерживаться заключенных договоренностей.

Высказывалось даже мнение, что вопрос о том, является ли сторона, заявляющая о нехватке денежных средств, действительно неспособной финансировать арбитражное разбирательство, подлежит разрешению составом арбитража <1>.

<1> Kuhner D. Op. cit.

Таким образом, если не придерживаться формального подхода, что сторона может избежать исполнения арбитражного соглашения только после введения в ее отношении банкротных процедур, то ситуативное определение достаточности денежных средств на финансирование арбитражного разбирательства может быть довольно проблематично для судов.

Однако в любом случае представляется, что исполнимость арбитражного соглашения должна презюмироваться, пока сторона, ссылающаяся на нехватку денежных средств, не докажет обратное. Несостоятельная сторона должна обосновать отсутствие у нее всякой возможности прибегнуть к иным способам найти денежные средства, необходимые для ведения арбитражного разбирательства.

Вне зависимости от субъекта, рассматривающего данный вопрос, представляется, что суд или состав арбитража должен проверить как минимум следующий перечень обстоятельств, прежде чем прийти к выводу о неисполнимости арбитражного соглашения:

- готова ли сторона, настаивающая на продолжении арбитражного разбирательства, оплатить часть расходов стороны, ссылающейся на свою несостоятельность;

- есть ли подозрения, что нехватка денежных средств была искусственно создана стороной, ходатайствующей о передаче дела в государственный суд;

- действительно ли сторона, ссылающаяся на свою несостоятельность, не обладает каким-либо имуществом, пригодным для реализации;

- были ли использованы все способы привлечения дополнительных денежных средств (кредит, финансирование третьим лицом, привлечение финансирования от участников юридического лица);

- была ли нехватка денежных средств очевидно предвидимой на момент заключения арбитражного соглашения;

- согласна ли сторона, настаивающая на продолжении арбитражного разбирательства, пойти на сокращение арбитражных расходов путем, например, пересогласования места проведения арбитражного разбирательства и др.

Таким образом, инициирование судебного разбирательства, несмотря на заключенное арбитражное соглашение, представляется возможным только в абсолютно исключительных случаях, когда право на защиту интересов стороны действительно находится под угрозой ввиду отсутствия денежных средств и невозможности прибегнуть к каким-либо способам получения дополнительного финансирования для надлежащего исполнения арбитражного соглашения <1>.

<1> В том же ключе см.: Panov A. Op. cit.

Выводы

Вопрос о возможности продолжать арбитражное разбирательство при отсутствии у одной из сторон средств на его финансирование прямо не разрешен ни в одном правопорядке, а подходы к его разрешению постепенно формируются на уровне судов. Поэтому нельзя заранее предсказать, каким будет исход в том или ином деле, поскольку суды могут по-разному оценить то или иное обстоятельство, в отношении которого еще не сложился единообразный подход в судебной практике.

Представляется, что разрешение данного вопроса возможно исключительно с учетом конкретных обстоятельств каждого дела, что, однако, не препятствует выработке более или менее общих рекомендаций на уровне законодателя/судов/доктрины для унификации судебной практики.

Сложность выработки подобных рекомендаций, как было показано на примере российской судебной практики, заключается в том, что нельзя предвидеть, какой подход будет окончательно принят на уровне ВС РФ, поскольку практика разрешения им подобных дел является довольно противоречивой.

А.А. ГРОМОВ

СОГЛАСИЕ ТРЕТЬЕГО ЛИЦА НА СОВЕРШЕНИЕ СДЕЛКИ

Начиная с 01.09.2013 ГК РФ был дополнен [ст. 157.1](#), содержащей общие правила о согласии, требуемом в силу закона. Новелла породила ряд спорных проблем, подлежащих разрешению судами.

В настоящей статье анализируются две группы вопросов, связанных с институтом согласия. Первая затрагивает комплекс проблем, порождаемых отзывом согласия. Исследуются возможные причины введения института отзыва согласия, порядок осуществления и ограничения отзыва, основания прекращения права на отзыв согласия, а также аргументы против отзывности согласия. Второй блок вопросов связан с определением момента, начиная с которого считается совершенной сделка, согласие на которую было получено впоследствии.

Consent of the Third Party to Making a Transaction

A.A. Gromov

Since 01.09.2013 the Civil Code of the Russian Federation has been supplemented by Article 157.1, which contains common rules on the consent, required by virtue of law. The changes have entailed some disputable questions to be resolved by courts.

This article examines two groups of issues related to the institute of consent. The first group deals with the revocation of consent. The author investigates possible reasons of the introduction of revocation, the rules of implementation of the revocation, its restrictions, the grounds for termination of the right of revocation of consent and the arguments against this institute. The second problem which is analyzed in the article is constituted by the uncertainty of the moment when the transaction enters into effect if the consent is given afterwards.

При совершении сделки ключевым обстоятельством выступает волеизъявление лица, намеренного породить своими действиями правовые последствия. Этот элемент является неотъемлемым признаком любой сделки. Помимо волеизъявления, не менее значимо, чтобы сделка была совершена в надлежащей форме (ограниченно) дееспособным лицом и не противоречила закону. Эти требования также применимы ко всякой сделке <1>.

<1> Российское гражданское право: [Учебник](#): В 2 т. / В.С. Ем, И.А. Зенин, Н.В. Козлова и др.; Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. Т. 1. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. Автор главы - В.С. Ем (СПС "КонсультантПлюс").

В то же время в ряде случаев для возникновения желаемых правовых последствий необходимы дополнительные реквизиты, например, такие как <1>:

- соблюдение отлагательного условия;
- наступление срока;
- наличие согласия третьего лица на совершение сделки.

<1> Wolf M.J. Neuner Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts Munchen 2012. S. 312; Ем В.С. [О критериях ничтожности сделок](#) в новейшем гражданском законодательстве России // Вестник гражданского права. 2014. N 6 (СПС "КонсультантПлюс").

Последнее из приведенных требований нередко встречается в рамках специальных правил:

- распоряжение недвижимым имуществом, находящимся на праве хозяйственного ведения ([п. 2 ст. 295 ГК РФ](#));
- перевод долга ([ст. 391 ГК РФ](#));
- субаренда и перенаем ([ст. 615 ГК РФ](#));
- заключение заказчиком договоров на выполнение отдельных работ с иными лицами, помимо генерального подрядчика ([п. 4 ст. 706 ГК РФ](#));
- распоряжение недвижимым имуществом, находящимся в общей совместной собственности супругов ([п. 3 ст. 35 СК РФ](#)), и т.д.

Согласие также может быть дано на совершение односторонней сделки (например, [п. 2 ст. 37 ГК РФ](#) - одобрение общим собранием согласия, являющегося сделкой с заинтересованностью и предоставляемого генеральным директором на совершение дочерним обществом крупной сделки <1>).

<1> [Постановление](#) Третьего арбитражного апелляционного суда от 11.04.2017 по делу N А33-19344/2016.

Следует отметить, что институт согласия на совершение сделки давно известен российскому законодателю в рамках специальных правил и обсуждается в литературе <1>.

<1> Агарков М.М. Перевод долга // Избранные труды по гражданскому праву. М., 2002; Крашенинников Е.А. Сделки, нуждающиеся в согласии // Очерки торгового права. Вып. 15 / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2008.

Однако долгое время в [ГК РФ](#) отсутствовали какие-либо общие нормы, применимые к согласию вне зависимости от ситуации, в которой оно требуется.

Начиная с 01.09.2013 ГК РФ был дополнен [ст. 157.1](#), содержащей ряд общих правил, распространяющихся на специальные случаи согласия, требуемого в силу закона <1>. В частности, это положение закрепило:

- возможность заинтересованного лица запросить согласие;
- право лица, дающего согласие, направить ответ на запрос любому заинтересованному лицу;
- разумный срок для ответа на поступивший запрос;
- деление согласия на предварительное и последующее;
- необходимость указать в предварительном согласии предмет сделки;
- указание на то, что молчание не является согласием, за исключением случаев, установленных законом.

<1> Обзор основных изменений, затронувших положения ГК РФ о сделках, см.: Громов А.А., Егоров А.В. Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ. М., 2014. С. 47 - 127.

Одновременно с введением [ст. 157.1](#) ГК РФ был дополнен [ст. 173.1](#), устанавливающей последствия отсутствия согласия, необходимость которого предусмотрена законом.

Как это нередко бывает, новеллы породили новые спорные вопросы, ответы на которые должна выработать судебная практика.

Большое значение при этом имеют разъяснения, содержащиеся в Постановлении Пленума ВС РФ от 26.06.2018 N 27 (применительно к крупным сделкам и сделкам с заинтересованностью - [п. 4](#)) и в Постановлении Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25 (применительно к любым сделкам - [п. 53 - 57, 71, 90, 91](#)). В частности, в последнем из них разграничено публично-правовое и частное согласие ([п. 54](#)); разрешены возможные сомнения относительно требований к форме согласия, о надлежащем адресате, которому может быть направлено согласие ([п. 55](#)) <1>, и т.д.

<1> Подробно см.: Ширвиндт А.М. [Актуальные вопросы представительства. Комментарий](#) к п. 122 - 132 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. N 12 (СПС "КонсультантПлюс").

Несмотря на то что значение разъяснений высшей инстанции сложно переоценить, ряд значимых вопросов остался не освещен.

Одну из таких правовых проблем создало положение о том, что отсутствие согласия, необходимого в силу закона, по общему правилу влечет за собой оспоримость сделки ([п. 1 ст. 173.1](#) ГК РФ).

Основываясь на указанном правиле, суды не только изменили подход к соглашениям о передаче имущества в субаренду при отсутствии согласия арендодателя (сменив ничтожность <1> на оспоримость <2>), но и распространили то же правовое последствие на сделки по передаче прав и обязанностей арендатора другому лицу.

<1> [Постановление](#) ФАС Северо-Западного округа от 22.08.2012 по делу N А56-4339/2010.

<2> [Постановление](#) Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.02.2014 по делу N А40-134419/13: "Договор субаренды, заключенный без согласия арендодателя, является сделкой не ничтожной, а оспоримой, и может быть признан недействительным исключительно по требованию собственника сданного в субаренду имущества (арендодателя), но никак не субарендатора, заключившего договор субаренды вопреки отсутствию необходимых согласований".

В отличие от ничтожности оспоримость ставит перед заинтересованным лицом гораздо больше препятствий для признания сделки недействительной <1>. К их числу относятся, в частности: отсутствие возможности ссылаться на пороки оспоримой сделки до признания ее недействительной по решению суда, ограниченный круг лиц, уполномоченных на оспаривание сделки, сокращенный срок давности, необходимость доказать нарушение прав и законных интересов истца, например, выраженное в возникновении неблагоприятных последствий в результате совершения сделки <2>.

<1> Тололаева Н.В. [Соотношение некоторых оснований недействительности сделки](#) // Судья. 2015. N 10 (СПС "КонсультантПлюс").

<2> Иные различия приведены, например, в следующей работе: Церковников М.А. [Недействительность сделок в новых разъяснениях](#) Верховного Суда РФ // Закон. 2015. N 9 (СПС "КонсультантПлюс").

Руководствуясь именно таким подходом, суды отказали арендодателю в признании сделки по переводу прав и обязанностей арендатора на другое лицо недействительной (поскольку истец не обосновал, чем именно нарушены его права) <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 23.10.2015 по делу N А19-20235/2014.

Следует отметить, что позиция судов в данном случае противоречила [п. 71](#) Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25, согласно которому при заявлении требования о признании сделки недействительной ввиду отсутствия требуемого в силу закона согласия доказывать наличие неблагоприятных последствий не требуется. Нарушение прав и охраняемых законом интересов лица заключается, соответственно, при отсутствии согласия, предусмотренного законом <1>.

<1> Старцева Ю.В. [Общие положения недействительности сделок](#) в свете разъяснений Верховного Суда Российской Федерации // Судья. 2015. N 10 (СПС "КонсультантПлюс").

Однако Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ, отменяя в рамках этого дела судебные акты нижестоящих судов, акцентировала внимание на ином обстоятельстве. Так, было отмечено, что в подобном случае должны применяться правила о переводе долга, в силу которого соглашение о замене должника при отсутствии согласия кредитора является ничтожным, а не оспоримым ([п. 2 ст. 391](#) ГК РФ) <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 26.07.2016 по делу N 302-ЭС15-19746, А19-20235/2014.

Этот обоснованный подход был воспринят последующей судебной практикой <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 07.02.2017 по делу N А33-27820/2015; [Постановление](#) Арбитражного суда Поволжского округа от 20.09.2016 по делу N А65-11386/2015.

Не менее ярким примером неверного понимания норм о согласии явилась попытка участников оборота представить институт согласия в качестве права лица, злоупотребление которым влечет за собой возможность требовать предоставления согласия через суд.

Такое толкование нередко использует залогодатель-должник, не получивший от банка-залогодержателя согласия на передачу в аренду объекта ипотеки. Логика должника сводится к тому, что немотивированный отказ банка приводит к невозможности продолжить хозяйственную деятельность и лишает его источника погашения кредитных обязательств, что в совокупности составляет злоупотребление правом.

В одном из подобных дел суд первой инстанции согласился с такой позицией и обязал банк выдать соответствующее согласие <1>.

<1> Решение Арбитражного суда Иркутской области от 02.09.2016 по делу N А19-9997/2016.

Данное решение было отменено вышестоящими инстанциями, указавшими среди прочего, что выдача согласия является правом, а не обязанностью лица, уполномоченного законом на его предоставление <1>. Как следствие, залогодатель не вправе требовать выдачи согласия через суд <2>.

<1> Что полностью соответствует [абз. 1 п. 54](#) Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25.

<2> [Постановление](#) Четвертого арбитражного апелляционного суда от 25.11.2016 и [Постановление](#) Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 02.03.2017 по делу N А19-9997/2016. Аналогичный подход см.: [Постановление](#) Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.03.2017 по делу N А60-24725/2016.

В приведенных примерах подход, поддержанный судебной практикой, можно охарактеризовать как уже устоявшийся. Однако в других вопросах, связанных с институтом согласия, как представляется, практика только формируется.

К их числу относятся, например, следующие проблемы:

- всегда ли для действительности сделки безразлично, будет ли согласие предварительным или последующим <1>;

- что в обязательном порядке должно быть включено в содержание предварительного согласия на совершение сделки <2>;

- насколько общим может быть описание предварительного согласия на совершение нескольких сделок, например, достаточно ли указать, что согласие дается на совершение любых

сделок, не выходящих за рамки обычной хозяйственной деятельности унитарного предприятия, без отражения в нем индивидуализирующих признаков предмета конкретных сделок <3>;

- допустимо ли ставить предварительное согласие или последующее одобрение под отлагательное или отменительное условие;

- возможно ли внести в договор, на который уже было дано согласие, какие-либо изменения без риска для их действительности <4>;

- распространяются ли положения п. 3 ст. 158 ГК РФ, предоставляющие право предусмотреть в договоре положение о том, что молчание является согласием, на согласия, требуемые в силу закона.

<1> Необходимость именно предварительного согласия прямо закреплена, в частности, в ст. 27 - 29 Закона о защите конкуренции, в ст. 4 Закона "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства".

<2> Соответствующие разъяснения приведены в п. 56 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25.

<3> Такой подход поддержан в [Постановлении](#) Арбитражного суда Северо-Западного округа от 27.03.2017 по делу N А13-2411/2016.

<4> Критерий, позволяющий отличить допустимые изменения от недействительных, сформулирован в п. 4 Постановления N 27. В соответствии с данным положением новое одобрение требуется, если изменение условий одобренной сделки влечет изменение основных условий ранее одобренной сделки, например, изменение цены сделки, предмета, срока, обязанности предоставить обеспечение исполнения обязательств. Как представляется, новое одобрение не требуется, если изменения являются очевидно выгодными. Однако для распознавания положительных последствий, связанных с договорными изменениями, иногда необходимо глубокое исследование фактических обстоятельств конкретного казуса. Иллюстрацией этому может служить дело, в рамках которого договор аренды недвижимого имущества сроком на 49 лет, относящийся к крупным сделкам, был одобрен участниками общества-арендатора. Впоследствии стороны договора дополнительным соглашением сократили период пользования имуществом с 49 до 2,5 лет. Один из участников арендатора заявил в суд требование о признании последней сделки недействительной, посчитав, что она также подлежала одобрению, поскольку повлекла утрату обществом возможности использовать арендованный земельный участок на оставшиеся по первоначальным условиям договора 46,5 лет и продолжать получать прибыль, которую приносило данное имущество. Если первая и кассационная инстанция согласились с позицией истца, то апелляционный и ВС РФ посчитали, что исходя из обстоятельств данного конкретного дела сокращение периода аренды было очевидно выгодным для арендатора, поскольку позволило ему сберечь денежные средства, равные размеру арендной платы за 46,5 лет, учитывая, что основным видом его деятельности являлась деятельность гостиниц, которая ни договором аренды, ни дополнительным соглашением не регулировалась ([Определение](#) ВС РФ от 21.04.2015 по делу N 307-ЭС14-8324).

Приведенные проблемы показывают, что институт согласия требует детального изучения и дальнейшей проработки.

В настоящей статье предлагается остановиться на двух вопросах, по которым текущее положение дел, как представляется, выглядит наиболее затруднительным.

1. Отзыв предварительного согласия

Один из этих вопросов - **отзыв предварительного согласия**.

Следует отметить, что при принятии окончательной версии [ст. 157.1](#) ГК РФ было исключено указание на возможность отзыва предварительного согласия до совершения сделки <1>. В связи с этим можно было бы прийти к выводу, что предварительное согласие является окончательным и не может быть отменено, в том числе до совершения сделки.

<1> В первоначальном проекте соответствующее право было предусмотрено. [Проект](#) Федерального закона N 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации".

Однако ВС РФ устранил всяческие сомнения по данному вопросу, установив, что третье лицо, давшее предварительное согласие на совершение сделки, вправе отозвать его, уведомив стороны сделки до момента ее совершения ([п. 57](#) Постановления ВС РФ N 25).

1.1. Возможные причины введения института отзыва согласия

В поддержку института отзыва согласия нередко высказывались представители отечественной доктрины. При этом, как правило, отзыв презюмировался в качестве права лица, не требующего дополнительного обоснования <1>.

<1> Агарков М.М. Перевод долга // Избранные труды по гражданскому праву. М., 2002. С. 119 - 120; Витрянский В.В. [Новеллы о сделках и решениях](#) собраний // Хозяйство и право. 2016. N 1 (СПС "КонсультантПлюс"); ГК РФ. Сделки. Решения собраний. Представительство и доверенность. Сроки. Исковая давность. Постатейный [комментарий](#) к главам 9 - 12 / Б.М. Гонгало, А.В. Демкина, М.Я. Кириллова и др.; Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2013. Автор комментария к ст. 157.1 ГК РФ - А.В. Демкина (СПС "КонсультантПлюс"). Критическая оценка приводится в следующих работах: Карапетов А.Г., Бевзенко Р.С. [Комментарий к нормам ГК](#) об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ "О свободе договора и ее предела" // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. N 9 (СПС "КонсультантПлюс"); Белов В.А. ["Двадцать пятое" Постановление Пленума](#): толкование или... законодательство? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. N 11 (СПС "КонсультантПлюс").

Допустимость данного института поддержана и германским правопорядком, закрепляющим соответствующее правило в [§ 183](#) ГГУ <1>.

<1> В силу [§ 183](#) ГГУ: "Предварительное согласие может быть отменено до совершения соответствующей сделки, если из правоотношения, на основании которого оно дано, не следует иное. Об отмене предварительного согласия можно заявить как одной, так и другой стороне".

Как представляется, одно из обстоятельств, обосновывающих право на отзыв согласия, заключается при отсутствии нормы, которая определяла бы срок действия согласия, применимый по общему правилу.

В целях оценки приведенного тезиса, следует рассмотреть вопрос, в течение какого периода действует согласие, если лицо не установило срок его прекращения.

Поскольку в рамках общих положений о согласии ГК РФ не предусматривает какого-либо регулирования данных отношений, презюмируется, что предварительное согласие, не будучи ограничено выдавшим его лицом, действует бессрочно <1>.

<1> Исключение составляет п. 3 ст. 46 Закона об ООО, в котором указано, что на случай, когда срок в решении не закреплен, согласие считается действующим в течение одного года с даты его принятия, за исключением случаев, если иной срок вытекает из существа и условий сделки, на совершение которой было дано согласие, либо обстоятельств, в которых давалось согласие.

Однако, как представляется, при отсутствии института отзыва согласие, носящее бессрочный характер, накладывало бы на предоставившее его лицо необоснованные риски.

Эти риски связаны не только с неопределенностью в отношении того, будет ли соответствующая сделка заключена когда-либо, но и с неясностью относительно того, какими при этом будут сопутствующие обстоятельства. Возможно, через год или два после выдачи согласия лицо, его предоставившее, с учетом изменившейся конъюнктуры рынка, своего финансового положения, отношений с одной из потенциальных сторон сделки и т.д. отказалось бы его предоставить.

В качестве примера следует привести ситуацию, когда кредитор, убедившись в платежеспособности потенциального нового должника, дает согласие на перевод долга. Заручившись одобрением, старый должник и намеренное заменить его лицо по определенным причинам затягивают перевод долга на год. Однако через год кредитор, вновь проверив имущественное состояние потенциального должника, устанавливает, что оно резко ухудшилось. В такой ситуации он уже ни при каких обстоятельствах не дал бы согласия на перемену лиц в обязательстве. Однако при бессрочности согласия и отсутствии возможности его отзыва возражения кредитора не имели бы юридического значения.

Следует также учитывать, что одобренная основная сделка, как правило, затрагивает права и законные интересы лица, чье согласие необходимо в силу закона <1>. В ситуации предварительного одобрения ожидаемой основной сделки положение такого лица сходно со статусом оферента, направившего предложение в адрес потенциального контрагента.

<1> Если только речь не идет о контрольной функции, которую осуществляют, например, опекуны, орган опеки и попечительства.

В части оферты ГК РФ обращает внимание на ее безотзывность (ст. 436), но в то же время оговаривает, что договор считается заключенным, если акцепт получен лицом, направившим оферту, до окончания срока, установленного законом или иными правовыми актами, а если такой срок не установлен, - в течение нормально необходимого для этого времени (п. 1 ст. 441 ГК РФ).

Таким образом, срок действия оферты крайне ограничен, что позволяет нивелировать для оферента риск продолжительной неопределенности относительно того, возникли ли у него договорные права и обязанности.

Как представляется, лицо, одобряющее сделку, заслуживает такой же защиты, как и оферент.

Применительно к предварительному согласию ГК РФ не устанавливает срока его действия. Однако, по сути, те же риски призван нейтрализовать институт отзыва.

Таким образом, наличие у лица возможности отозвать согласие снимает проблемы, связанные с бессрочным характером одобрения, поскольку интерес лица, его выдавшего, защищен наличием у него права в любое время прекратить действие согласия (до момента совершения сделки).

Еще одним обстоятельством, обосновывающим право на отзыв согласия, может служить необходимость в ряде случаев учитывать те мотивы, по которым лицо совершает юридически значимые действия. Устранение этих мотивов не должно игнорироваться правом порядком, что проявляется в форме предоставления такому лицу права на отзыв согласия.

Указанный тезис может быть проиллюстрирован на следующем примере.

Так, будучи в хороших отношениях с мужем, супруга предоставляет одобрение на отчуждение принадлежащего им на праве общей совместной собственности недвижимого объекта. Однако спустя несколько дней после выдачи согласия, но до совершения основной сделки купли-продажи она узнает о безнравственном поведении мужа и желает отозвать согласие.

В данном случае проблема бессрочности согласия не стоит, поскольку мотив, по которому лицо выдало согласие, может отпасть и на следующий день после его предоставления. Однако с учетом того, что в такой ситуации внутренние причины, которыми руководствовалось лицо, одобряющее сделку, могут быть учтены правом порядком в качестве юридически значимых, право на отзыв согласия представляется вполне обоснованным.

С учетом изложенного наличие у лица права на отзыв предварительного согласия до совершения основной сделки может быть оправдано отсутствием в действующем регулировании положений о сроке действия такого одобрения.

В отдельных же случаях, когда мотивы, по которым лицо предоставляет согласие, должны быть приняты правом порядком во внимание, отзыв согласия должен допускаться и на случай отпадения указанных мотивов.

1.2. Порядок осуществления отзыва

В п. 57 Постановления ВС РФ N 25 указано, что, поскольку гражданским законодательством не установлены правила об отзыве согласия третьего лица на совершение сделки, в таком случае по аналогии закона подлежат применению положения об отзыве акцепта (п. 1 ст. 6, ст. 439 ГК РФ).

Это разъяснение свидетельствует о том, что отзыв является сделкой, требующей восприятия <1>. В практике уже встречались дела, в которых истец, оспаривающий сделку ввиду отсутствия одобрения, ссылался на то, что отмена согласия произошла ранее совершения основной сделки. Данные требования отклоняются, поскольку стороны договора не были уведомлены об отзыве <2>.

<1> Аналогичное толкование см.: Егоров А.В. На совершение сделки необходимо получить согласие третьего лица. Как новые правила ГК РФ повлияют на ежедневную работу // Арбитражная практика. 2014. N 3.

<2> [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 19.05.2016 по делу N А76-9279/2015.

Следует также отметить, что Росреестр иногда игнорирует данное правило, отказываясь регистрировать право собственности на недвижимое имущество, если в ходе проверки документов регистратором получен отзыв согласия лица, чье одобрение является обязательным в

силу закона <1>. Довод о том, что отзыв согласия не был направлен ни одному из участников сделки, был отклонен судом как иррелевантный и необоснованно возлагающий на Росреестр бремя по проверке дополнительных обстоятельств.

<1> Апелляционное [определение](#) Новосибирского областного суда от 15.12.2015 по делу N 33-10933/2015.

Применительно к способу и форме отзыва ГК РФ не дает каких-либо указаний. Однако в [п. 57](#) Постановления ВС РФ N 25 отмечается, что отзыв осуществляется посредством направления уведомления. При этом отсутствует требование, чтобы отмена согласия была оформлена тем же образом, что и само согласие. Такое правило содержится теперь <1>, например, в [подп. 2 п. 1 ст. 188](#) ГК РФ, согласно которому отмена доверенности совершается в той же форме, в которой была выдана доверенность, либо в нотариальной форме. Представляется, что судебной практике еще предстоит выработать наиболее оптимальный вариант решения по данной проблеме.

<1> Соответствующие изменения внесены Федеральным [законом](#) от 03.07.2016 N 332-ФЗ.

При совершении отзыва перед лицом, отменяющим согласие, может возникнуть вопрос, должно ли оно направить отзыв именно тому лицу, которому ранее было доставлено согласие, или, может быть, он должен уведомить обе стороны. Каких-либо разъяснений законодатель не предлагает.

В [п. 57](#) Постановления ВС РФ N 25 указано, что лицо "вправе отозвать согласие, уведомив стороны сделки...". Данная формулировка, что направление отзыва только одному из участников договора нейтрализует действие согласия, является спорной. Было бы предпочтительнее, если бы это требование было сформулировано более ясно, поскольку в практике нижестоящих судов юридическая сила отзыва согласия признается и в ситуации, когда об отмене уведомлен только один участник сделки <1>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Дальневосточного округа от 04.07.2017 по делу N А73-5337/2016; [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 19.05.2016 по делу N А76-9279/2015. Указано, что для отмены согласия достаточно было уведомить только одного участника сделки.

Представляется, что буквальное следование тексту Постановления, предполагающее уведомление обеих сторон основной (еще не совершенной) сделки, приведет к наилучшей защите всех участников соответствующего правоотношения.

Так, уведомление об отзыве обеих сторон сделки в ситуациях, когда последствием отсутствия согласия является оспоримость, соответствует в первую очередь интересам лица, отзывающего согласие. В противном случае ему будет крайне затруднительно оспорить основную сделку ввиду того, что [ст. 173.1](#) ГК РФ, помимо отсутствия согласия, требует от истца доказать факт того, что обе стороны сделки знали или должны были знать о том, что согласие на момент совершения основной сделки не было предоставлено.

Если же последствием отсутствия согласия является ничтожность, придание отзыву согласия юридического эффекта только в случае уведомления обеих сторон сделки будет способствовать большей определенности и обеспечит осведомленность всех участников правоотношения о том, что совершение основной сделки не породит правовых последствий.

Единственное очевидное исключение из этого правила составляет случай, когда субъект, отменяющий согласие, в силу объективных причин не знает, кто будет второй стороной в основной сделке. В таком случае возложение на него обязанности уведомить обе стороны, по сути, препятствовало бы реализации его права на отзыв.

1.3. Основания прекращения права на отзыв согласия

Отзыв согласия возможен только при предоставлении предварительного согласия и до совершения основной сделки. Как следствие, попытки лица отозвать предварительное согласие после совершения сделки, равно как и последующее согласие, не могут служить основанием для признания сделки недействительной. При этом отзыв согласия, сообщение о котором поступило сторонам сделки после ее совершения, считается несостоявшимся (п. 57 Постановления ВС РФ N 25).

Как видно из приведенных положений, возможность отзыва согласия утрачивается с момента совершения сделки, которая первоначально была одобрена соответствующим лицом. В этой связи при получении согласия во избежание неопределенности лучше всего в максимально короткие сроки заключить одобренную сделку. Однако на практике такое возможно далеко не всегда.

Так, стороны часто не могут организовать совещание для совместного подписания договора. Нередко согласованный договор подписывает сначала одна сторона, направляет контрагенту два экземпляра с сопроводительным письмом и только потом получает оригинал, подписанный с двух сторон. В силу п. 1 ст. 433 ГК РФ моментом заключения договора в приведенной ситуации будет день получения договора стороной, направившей второму участнику сделки два экземпляра на подпись. На практике этот процесс может занять несколько недель.

Еще одним примером, когда момент заключения сделки существенно откладывается, является судебный процесс о понуждении к заключению договора. Здесь имеются в виду ситуации, когда согласие необходимо на совершение сделки тем лицом, которое обращается с иском о понуждении. В силу п. 4 ст. 445 ГК РФ такой договор будет считаться заключенным с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда.

Затруднения могут возникнуть и в отношении договоров, требующих государственной регистрации. В соответствии с п. 3 ст. 433 ГК РФ договор, подлежащий государственной регистрации, считается для третьих лиц заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом. В ситуации, когда стороны сделки успели подписать, но не успели зарегистрировать договор до получения отзыва согласия, возникает вопрос, правомерен ли соответствующий отзыв. Формально, руководствуясь п. 3 ст. 433 ГК РФ, можно прийти к выводу, что для лица, предоставившего согласие и являющегося по отношению к сторонам сделки третьим лицом, договор считается заключенным с момента его регистрации, а значит, до этого времени отзыв согласия правомерен и порождает желаемый правовой эффект. Еще более явно об этом свидетельствует п. 1 ст. 164 ГК РФ, согласно которому в случаях, если законом предусмотрена государственная регистрация сделок, правовые последствия сделки наступают после ее регистрации.

Однако, если обратиться к п. 57 Постановления ВС РФ N 25, то в нем возможность отзыва согласия ограничена моментом совершения сделки. Исходя из правовой позиции, поддержанной в п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 N 73, п. 3 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 N 165, Постановления Президиума ВАС РФ от 12.03.2013 N 15510/12, государственная регистрация договора осуществляется в целях создания возможности для заинтересованных третьих лиц знать о соответствующей сделке и о правах, которые этой сделкой порождаются и затрагивают интересы третьих лиц. Так, в рамках договора долгосрочной аренды правила о сохранении аренды при смене собственника имущества и положения о преимущественном праве арендатора заключить аренду на новый срок влияют на права третьих

лиц, вследствие чего при отсутствии государственной регистрации их применение не допускается.

Однако в ситуациях, когда происходит отзыв согласия, лицо, его первоначально предоставившее, осведомлено об основной сделке, в связи с чем оно явно не относится к тем третьим лицам, защиту которых призвана обеспечить государственная регистрация договора.

Кроме того, для сторон сделки даже при отсутствии государственной регистрации договор считается заключенным уже при достижении согласия в отношении всех существенных условий сделки. Именно с этого момента (совершения сторонами волеизъявлений, направленных на заключение договора) утрачивается право на отзыв согласия.

С учетом изложенного в отношении сделок, требующих государственной регистрации, отзыв согласия, как представляется, допускается не до совершения этой регистрации в государственном органе, а до момента, пока стороны договора не придут к согласию в отношении всех существенных условий такой сделки.

1.4. Аргументы против отзывности согласия

1. Право лица отозвать согласие вызывает определенные возражения, в первую очередь связанные с тем, что отзыв может привести к возникновению убытков у потенциальных сторон основной сделки.

Так, отмена согласия сделает напрасными затраты, понесенные сторонами в целях соблюдения условий согласия или для подготовки к совершению и исполнению основной сделки. В этой связи в п. 57 Постановления ВС РФ N 25 предусматривается, что лицо, отозвавшее согласие, обязано возместить сторонам сделки убытки, вызванные таким отзывом.

Помимо этого, следует отметить, что институт отзыва согласия может доставить сторонам основной сделки ряд затруднений, выходящих за рамки указанных выше расходов.

Например, лицо предоставило согласие на несколько взаимосвязанных сделок (отдельное согласие на каждую сделку или одно общее). Впоследствии, после заключения одного из таких договоров, происходит отзыв согласия в отношении остальных взаимосвязанных сделок. В подобных ситуациях следует учитывать, что, как правило, стороны, согласовывая условия сразу нескольких сделок одновременно, достигают компромисса, рассчитывая на заключение всех оговоренных заранее договоров. Например, банк устанавливает более низкую ставку по кредиту ввиду предоставления должником нескольких объектов недвижимости в ипотеку. В подобных случаях заключение только одного или некоторых из согласованных взаимосвязанных сделок может существенно нарушить баланс в отношениях сторон.

Вторая ситуация связана с согласием, содержащим параметры основных положений сделки. Договор заключен на условиях, не доходящих до предельных значений. Затем согласие отзывается, а стороны были намерены изменить договорные условия и заключить дополнительное соглашение в пределах отозванного согласия. Примером в данном случае может служить согласие арендодателя на сдачу имущества в субаренду сроком до трех лет. Первоначально договор субаренды предусматривался на 11 месяцев. За несколько дней до его истечения произошел отзыв согласия, в то время как стороны намеревались продлить срок действия договора субаренды дополнительным соглашением еще на 11 месяцев.

В обоих названных случаях представляется возможным отказать в придании отзыву юридического эффекта, поскольку к моменту его совершения сделка (одна из взаимосвязанных сделок) уже совершена. Наибольшие трудности, вероятно, возникнут, если на каждую из взаимосвязанных сделок предоставлялось отдельное согласие.

2. Данная категория может быть также критически оценена с точки зрения ее соотношения с

другими институтами гражданского права и в целом с исходным положением о том, что каждое лицо, действуя свободно в частных отношениях, несет риски неблагоприятных последствий, вызванных своим поведением.

В частности, следует учитывать, что отсутствие согласия нередко приводит к недействительности сделки. В ходе реформы [гл. 9](#) ГК РФ в него был включен ряд положений, направленных на сохранение действительности сделки. Об этом свидетельствует и изменение презумпции в [ст. 168](#) ГК РФ, и сокращение некоторых составов недействительности ([п. 2 ст. 174.1](#) ГК РФ), и переход в некоторых специальных составах от последствий ничтожности к оспоримости ([п. 2 ст. 174](#) - ранее трактовался по [ст. 10](#) и [168](#) ГК РФ). В этом же русле рассматриваются новеллы ГК РФ, согласно которым лицо не может требовать признания сделки недействительной, если ранее из его поведения было очевидно, что сделка рассматривается им в качестве действительной ([п. 2](#) и [5 ст. 166](#), [п. 2 ст. 431.1](#) ГК РФ). При этом лицо, предоставившее согласие, своим поведением уже показало, что оно намерено рассматривать сделку в качестве действительной.

Однако в данном вопросе российский правопорядок допускает исключение и позволяет лицу отозвать согласие, создавая тем самым основание для признания недействительной сделки, которую намеревались заключить стороны.

В случаях, когда отсутствие согласия влечет за собой ничтожность договора, есть все основания для оценки согласия в качестве одного из необходимых элементов сделки (наравне с офертой, акцептом, нотариальной формой и т.д.). При этом из указанных составляющих полноценного договора только согласие может быть отменено в одностороннем порядке выдавшим его лицом. Так, оферта по общему правилу безотзывна ([ст. 436](#) ГК РФ). Акцепт может быть отозван только до момента восприятия его адресатом ([ст. 439](#) ГК РФ). Уклонение же одной из сторон от соблюдения нотариальной формы сделки при исполнении полностью или частично обязательств по договору может быть преодолено заявлением контрагентом требования о признании сделки действительной ([п. 1 ст. 165](#) ГК РФ).

Насколько обоснованно предусматривать в отношении согласия подобное исключение? Этот вопрос, как представляется, требует глубокого осмысления и детальной проработки и уж точно не относится к числу очевидных.

3. Выше было указано, что в судебной практике допускается возможность отзыва согласия посредством уведомления об отзыве только одной из потенциальных сторон сделки.

В этой связи следует рассмотреть вопрос о том, нарушаются ли права одного из участников сделки в случае, если отзыв получен его потенциальным контрагентом и тот не раскрыл информацию об отклонении согласия, вследствие чего сделка была совершена.

Его права, несомненно, будут затронуты, если такой договор впоследствии можно будет признать недействительным, основываясь на отсутствии согласия.

Если отсутствие согласия влечет оспоримость сделки, то субъект, не уведомленный об отзыве согласия, защищается положениями [ст. 173.1](#) ГК РФ, которая допускает признание сделки недействительной только в случае, если сторона сделки знала или должна была знать об отсутствии на момент совершения сделки необходимого согласия такого лица или такого органа.

Однако в ряде случаев обсуждаемый состав недействительности не придает какого-либо правового значения неосведомленности контрагента об отзыве согласия. В частности, такое регулирование предполагают ситуации, связывающие с отсутствием согласия ничтожность сделки (например, перевод долга). Еще одним примером состава, в котором для признания сделки недействительной не нужно доказывать осведомленность контрагента, является совершение сделки по продаже недвижимости в отсутствие нотариального согласия супруга ([Определение ВС](#)

РФ от 06.09.2016 N 18-КГ16-97).

Этот подход представляется крайне неудачным, поскольку приводит к созданию посредством отзыва согласия отрицательных последствий для добросовестного лица, обоснованно рассматривавшего сделку в качестве действительной.

Устранение данной проблемы мыслимо различными путями. В частности, в подобных случаях возможно было бы требовать от лица уведомления всех сторон сделки.

В качестве альтернативного варианта представляется целесообразным использовать по аналогии доктрину видимости полномочий (в данном случае - видимости согласия) <1>. В рамках представительства, если доверенность выдается на совершение сделки с конкретным третьим лицом и представитель не возвращает оригинал доверенности, отменить полномочие можно только посредством уведомления соответствующего лица о том, что представитель более не вправе действовать от имени представляемого (п. 132 Постановления ВС РФ N 25). Аналогичный подход был бы приемлем и в отношении согласия на заключение договора с конкретным лицом. Если согласие было дано на совершение сделки с определенным объектом, но без указания возможного контрагента, лицо, одобрявшее сделку, не может воспользоваться теми возможностями, которые законодатель предоставляет представляемому (внесение сведений в реестр нотариальных действий или публикация в официальном издании). В этой связи остается только порекомендовать не выдавать согласие на совершение сделки без указания ее возможных сторон или ограничивать его небольшим сроком, в пределах которого лицо, скорее всего, не изменит свое мнение относительно совершаемой сделки.

<1> Приведенная позиция находит поддержку в германском праве: Wolf M.J. Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München, 2012. S. 659; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB / M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S. 967 - 968. Автор комментария к § 182 - 185 - Т. Finkenauer. В то же время обоснование существенных различий между согласием и полномочием приводится в работе В.А. Рясенцева (см.: Рясенцев В.А. Представительство в советском гражданском праве. М., 2006. С. 83 - 85).

Наконец, в качестве варианта, альтернативного отзыву согласия, может выступать установленный законодателем ограниченный срок действия предварительного согласия. В литературе высказывалось предложение о том, что согласие должно действовать в течение разумного срока <1>. Вероятно, при установлении продолжительности разумного срока действия согласия следует руководствоваться ориентирами, заложенными в ныне отмененном п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 N 28, а именно: если срок не оговорен в самом согласии, необходимо учитывать существо и условия одобренной сделки.

<1> Скловский К.И. Сделка и ее действие. 2-е изд. Комментарий главы 9 ГК РФ (Понятие, виды и форма сделок. Недействительность сделок). М.: Статут, 2015 (СПС "КонсультантПлюс").

Установление срока действия согласия имеет положительный эффект в отношении всех участников отношения, поскольку вносит большую определенность. Его неоспоримым преимуществом по сравнению с отзывом согласия является осведомленность всех участников правоотношения о периоде, в течение которого согласие будет действовать.

Если бы осуществление отзыва не допускалось, закрепление срока в большей степени отвечало бы интересам лица, выдавшего согласие. Оценивая возможность возникновения ситуации, при которой сделка будет для него уже невыгодна и он бы ее с учетом изменившихся обстоятельств уже не одобрил, лицо вправе самостоятельно установить временные рамки

действия согласия, в течение которых, по его прогнозам, такого не произойдет. Кроме того, в целях защиты интересов субъекта, предоставившего согласие, законодатель должен был бы ограничить диспозитивной нормой срок его действия определенным периодом или указанием на разумный срок, как это сделано в отношении оферты (п. 1 ст. 441 ГК РФ). Совершение сделки по истечении срока, установленного в согласии, позволило бы истцу без труда доказать, что ее стороны знали или должны были знать об отсутствии согласия, требуемого в силу закона.

Напротив, в ситуации, когда отзыв согласия разрешен, установление срока больше служит интересам сторон потенциального договора, поскольку предоставляет им уверенность в том, что в период установленного в согласии срока лицо, его выдавшее, не вправе его отозвать. Возможность отзыва до завершения срока, установленного в согласии, представляется сомнительной, поскольку, предусмотрев срок действия согласия, лицо не только изъявило волю на одобрение сделки, но и создало у ее участников обоснованные ожидания того, что в спорный период согласие не будет отменено. По сути, это равносильно заявлению о том, что согласие не будет отозвано в течение определенного периода времени.

Представляется, что при выборе оптимального варианта регулирования следует учесть, что у лица, предоставляющего согласие, имеется возможность уменьшить свои риски. Так, одобряя сделку, он вправе тут же ограничить срок действия согласия по своему усмотрению. Напротив, участники сделки, которая подлежит одобрению, как правило, не могут устранить свои опасения, поскольку вправе повлиять на закрепление в согласии определенных положений только косвенно посредством переговоров с лицом, предоставляющим согласие.

1.5. Ограничения отзыва согласия

С учетом изложенных выше рисков, которые может повлечь за собой отзыв согласия, необходимо также рассмотреть возможные ограничения реализации данного права.

В первоначальной редакции законопроекта в ст. 157.1 ГК РФ предусматривалось, что право на отзыв согласия может быть ограничено законом или соглашением с лицом, управомоченным давать согласие <1>.

<1> Проект Федерального закона N 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации".

Поскольку ГК РФ не запрещает исключить договором право на отзыв согласия, представляется допустимым предусмотреть в соглашении с управомоченным лицом ограничение реализации данного права в течение определенного периода времени. Подобное указание на безотзывность согласия или на ограничение права на отзыв ввиду установления действия согласия в течение определенного срока может содержаться также в самом согласии.

В практике возник вопрос: возможен ли отзыв, если положение о согласии управомоченного лица на совершение потенциальной сделки контрагентом включено в договор? Например, если в рамках договора аренды стороны закрепляют право арендатора сдавать помещения в субаренду, не запрашивая у арендодателя разрешения на указанные действия.

Суд кассационной инстанции признал в подобном случае возможным отзыв согласия, руководствуясь следующей логикой. Довод о том, что все положения договора согласованы сторонами в двустороннем порядке и, как следствие, могут быть изменены только посредством заключения дополнительного соглашения, был отвергнут ввиду того, что в договоре как в письменном документе может содержаться одновременно как двусторонняя сделка, создающая у сторон взаимные права и обязанности, так и, помимо этого, одна или несколько односторонних

сделок, совершенных исключительно волей одного из участников правоотношения. Примером подобной сделки, помимо согласия, является положение о наделении определенного лица полномочиями представителя (п. 4 ст. 185 ГК).

С такой позицией не согласилась Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ, отметив, что "согласованное сторонами договора условие о праве арендатора сдавать арендованное имущество в субаренду не противоречит требованиям ст. 615 ГК РФ, не является предварительным согласием на совершение сделки по смыслу п. 3 ст. 157.1 ГК РФ, которое вправе отозвать давшее его лицо".

Изложенный подход высшей инстанции позволяет прийти к выводу о том, что включение в договор условия о предварительном согласии одной из его сторон на заключение сделки контрагентом блокирует в дальнейшем право такого лица отозвать соответствующее согласие.

Резюмируя сказанное, следует отметить, что введение института отзыва согласия обусловлено отсутствием в ГК РФ правила о сроке действия предварительного согласия. Отзыв согласия влечет для участников основной сделки существенные риски, выраженные, во-первых, в потерях, в том числе связанных с подготовлением к исполнению по такой сделке, а во-вторых, в возможности создания ситуации, при которой добросовестное лицо совершает порочную сделку. Если первое из приведенных неблагоприятных последствий устраняется указанием ВС РФ на возможность взыскания убытков, то второе до настоящего времени не разрешено для случаев, когда последствием совершения сделки в отсутствие согласия является ничтожность или что-либо иное, за исключением оспоримости.

2. Имеет ли последующее согласие обратный эффект

Рассмотрев одну из проблем, присущих предварительному одобрению, следует перейти к затруднению, порождающему немало вопросов в рамках последующего согласия. Речь идет о **моментах, начиная с которого договор считается заключенным при наличии последующего согласия.**

Представляется, что ответ на него во многом связан с последствиями, наступающими при отсутствии согласия.

В частности, в случаях, когда сделка является оспоримой, согласие лишь устраняет возможность признания ее недействительной в будущем. Сделка действительна с момента совершения, и до ее успешного оспаривания в суде каждая из сторон вправе потребовать от контрагента исполнить свои обязанности. Как следствие, в подобных случаях согласие не несет в себе какого-либо обратного действия.

Аналогичный подход применяется и в большинстве случаев, когда последствием отсутствия согласия является не недействительность, а нечто иное.

Так, последующее согласие не окажет прямого воздействия на уже возникшие права и обязанности в ситуациях, когда лицо, одобрявшее сделку, вместо этого было вправе:

- перевести права и обязанности по ней на себя (ст. 250 ГК РФ);
- потребовать досрочного расторжения договора безвозмездного пользования (ст. 698 ГК РФ);
- потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства (п. 3 ст. 346, подп. 3 п. 2 ст. 351 ГК РФ).

Спорной представляется ситуация применительно к сделкам, в которых отсутствие согласия влечет их ничтожность.

В рамках подобных отношений в первую очередь необходимо определить, возможно ли последующее оспаривание ничтожной сделки.

С догматической точки зрения, если последствием отсутствия частноправового согласия выступает ничтожность сделки, то одобрение не может быть последующим. В подобных случаях согласие выступает в качестве обязательного элемента сделки, без которого она не породит какого-либо правового эффекта. При этом действия сторон по созданию ничтожной сделки не производят правовых последствий, в связи с чем последующее одобрение не сможет ее исцелить. Сторонам придется заключить договор повторно уже после получения согласия <1>.

<1> Генкин Д.М. [Относительная недействительность сделок](#) // Вестник гражданского права. 2014. N 4 (СПС "КонсультантПлюс").

Однако приведенные рассуждения расходятся с российской судебной практикой, по которой допускается последующее одобрение кредитором ничтожной сделки. Например, суды отклоняют доводы участников споров о том, что перевод долга является ничтожным, поскольку согласие кредитора было совершено уже после заключения спорной сделки <1>. В подтверждение своей позиции суды ссылаются на [п. 55](#) Постановления ВС РФ N 25, в силу которого согласие может быть как предварительным, так и последующим, а также отмечают, что в правилах о переводе долга нигде не указано, что одобрение должно иметь место обязательно до совершения сделки. В этой связи в качестве доказательства наличия согласия кредитора в решениях приводится ссылка на совершение данным лицом конклюдентных действий, выраженных в предъявлении исковых требований к новому должнику.

<1> [Постановление](#) Восьмого арбитражного апелляционного суда от 11.05.2017 N 08АП-1828/2017 по делу N A75-4145/2016: "Тот факт, что имело место не предварительное получение согласия кредитора на перевод долга, не имеет правового значения и не свидетельствует о пороке соглашения о переводе долга". Аналогичный подход: Постановления Восьмого арбитражного апелляционного суда от 27.04.2017 по делу [N A75-2451/2016](#); от 10.04.2017 по делу [N A75-9722/2016](#); от 05.04.2017 по делу [N A75-6156/2016](#); от 10.03.2017 по делу [N A75-10981/2015](#).

Изложенный подход, поддерживаемый российскими судами, не требует повторного совершения сторонами сделки после получения одобрения и с практической точки зрения выглядит более предпочтительным. Однако с точки зрения догматики подобное регулирование приводит к выводу о возможности конвализации ничтожной сделки односторонним волеизъявлением частного лица.

Следует отметить, что ГК РФ известны примеры конвализации, к которым относятся случаи несоблюдения нотариальной формы ввиду уклонения одной из сторон от такого удостоверения сделки ([п. 1 ст. 165](#) ГК РФ), совершения сделки несовершеннолетним, не достигшим 14 лет ([п. 1, 2 ст. 172](#) ГК РФ). В обоих приведенных ситуациях исцеление происходит в судебном порядке посредством признания судом сделки действительной ([п. 1 ст. 165](#), [п. 2 ст. 172](#) ГК РФ).

В случае последующего одобрения ничтожной сделки законодатель не предусматривает возможности исцелить ее посредством признания сделки действительной, что вызывает определенные сомнения относительно возможности конвализации договора волеизъявлением частного лица <1>.

<1> Аналогичный подход поддержан Д.О. Тузовым. Тузов Д.О. [Теория недействительности](#)

[сделок: опыт](#) российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007 (СПС "КонсультантПлюс").

Приведенные расхождения можно было бы устранить посредством развития аргумента о том, что отсутствие согласия влечет за собой не ничтожность, а неэффективность сделки <1>. В подобных случаях сделка совершена, но не порождает правового эффекта до получения согласия, находясь в так называемом состоянии "парящей недействительности". Если последующее одобрение будет предоставлено, сделка породит правовой эффект. Если же нет - правовой эффект не наступит. Данное регулирование весьма схоже с ситуацией, когда порождение сделкой правового эффекта поставлено в зависимость от отлагательного условия.

<1> О различных видах неэффективных (недействительных) сделок см.: Ширвиндт А.М. Значение фикции в римском праве. М., 2013. С. 151. "Неэффективность указывает на отсутствие последствий по любой причине, в том числе и не связанной с пороками сделки". К вопросу о видах сделок, не имеющих правовых последствий, см.: С. 148 - 162; Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2011. С. 148 - 149.

Однако следует признать, что изложенный подход не находит поддержки ни в законе ([ст. 391](#) ГК РФ прямо оговаривает ничтожность перевода долга при отсутствии согласия), ни в судебной практике (примеры приведены ранее).

Развитие данной аргументации о неэффективных сделках было бы возможно посредством критической оценки классификации недействительных сделок на ничтожные и оспоримые и поддержки подхода, согласно которому последствия порочности сделки гораздо более разнообразны <1>.

<1> В поддержку приведенного подхода см.: Генкин Д.М. [Относительная недействительность сделок](#) // Вестник гражданского права. 2014. N 4 (СПС "КонсультантПлюс").

Как было указано выше, в настоящее время судебная практика допускает последующее одобрение ничтожной сделки. В этой связи следует определить, при последующем одобрении права сторон сделки возникают непосредственно с момента ее совершения или же только при получении согласия.

Обоснованность придания одобрению обратной силы усматривают в высокой оценке интересов сторон, полагававшихся на обещания друг друга, несмотря на то, что они были даны еще до наступления обязательного условия действительности сделки. Так, И.Б. Новицкий отмечал значимость придания сделке обратной силы для целей определения состояния имущества, в котором оно должно быть передано по итогам наступления условия (в нашем случае - выдачи согласия) <1>.

<1> Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 52.

Кроме того, обратная сила сделки легитимирует все совершенные сторонами действия во исполнение своих обязательств по данной сделке. Им придается юридическая значимость в соответствии с договорными условиями (например, о требованиях к качеству товара, предоставленного до получения одобрения от третьего лица). Она также позволяет установить нарушение одной из сторон возложенных на нее обязанностей (например, отчуждение индивидуально-определенной вещи, составляющей предмет договора купли-продажи, третьему

лицу; уничтожение или порча предмета аренды и т.д.) <1>.

<1> Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2011. С. 189.

Учитывая изложенное, признание сделки совершенной с обратной силой имеет своей целью побудить стороны вести себя добросовестно и не совершать каких-либо действий, которые могут воспрепятствовать надлежащему исполнению обязательств, принятых по такой сделке в случае получения последующего одобрения. В ситуации, когда стороны начали исполнение обязательств, не дожидаясь получения согласия, такой подход также препятствует недобросовестному поведению лица, не намеренного впоследствии придерживаться договорных обязательств.

Следует отметить, что германский правопорядок по общему правилу допускает действие последующего согласия с момента совершения сделки. В качестве одного из ключевых обоснований такого подхода приводится аргумент о том, что согласие возможно совершить в любой форме, независимо от того, какая форма требуется для одобряемой сделки (т.е. согласие не является неотъемлемым элементом основной сделки) <1>.

<1> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB / M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S. 963. Автор комментария к § 182 - 185 - Т. Finkenauer.

ГК РФ не оговаривает, с какого момента по общему правилу считается совершенной одобренная сделка, приводящая при отсутствии согласия к ничтожности. Высшая инстанция также не предусматривает каких-либо разъяснений на этот счет.

Соответствующее регулирование (правда, не для ничтожных сделок) содержит [п. 2 ст. 183](#) ГК РФ, согласно которому последующее одобрение сделки представляемым создает, изменяет и прекращает для него гражданские права и обязанности по данной сделке с момента ее совершения. Однако из этого положения вряд ли обоснованно делать общий вывод о применении обратной силы к одобренным сделкам <1>. Необходимо также учитывать, что ГК РФ не оговаривает, что конвалидация влечет за собой действительность сделки с момента ее совершения <2>.

<1> О том, что согласие на совершение сделки и одобрение псевдопредставляемым сделки лжепредставителя соотносятся как род и вид см.: Ширвиндт А.М. [Актуальные вопросы представительства. Комментарий](#) к п. 122 - 132 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. N 12 (СПС "КонсультантПлюс" и указанные там ссылки).

<2> Подробнее см.: "Хотя по своей идее конвалидация предполагает ретроактивность действия, в соответствующих нормах ГК прямо ничего не сказано о том, с какого именно момента исцеленная судом сделка становится действительной: с момента ее совершения (ex tunc) или же с момента вступления решения суда в законную силу (ex nunc). Представляется все же, что, исходя из смысла закона, судебное решение об исцелении ничтожности должно иметь обратное действие, т.е. исцеленную сделку следует считать действительной с самого момента ее совершения. Это вытекает из того, что цель норм о конвалидации, как уже отмечалось выше, - вернуть не сформировавшиеся должным образом, но заслуживающие защиты фактические общественные отношения в сферу права, а наиболее полная реализация указанной цели предполагает, конечно же, санкционирование этих отношений правопорядком с "обратной

силой", как если бы они всегда имели не только фактическое, но и юридическое существование. При этом в законе не содержится нормы, предусматривающей возможность исцеления ничтожной сделки лишь "на будущее время", как это имеет место в отношении оспоримых сделок, действие которых может быть прекращено в том числе и на будущее время (п. 3 ст. 167 ГК). Таким образом, следует прийти к выводу, что исцеление ничтожных сделок ex nunc исключается. Вместе с тем и в этом вопросе желательным было бы прямое указание закона" // Тузов Д.О. [Указ. соч.](#) (СПС "КонсультантПлюс").

Тем не менее с учетом того, что в литературе нередко указывается на то, что "сделкам с обязательственным эффектом присуще распространение своего действия с обратной силой", а конвалидация предполагает ретроактивность действия <1>, необходимо определить, какие риски связаны с таким подходом.

<1> Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2011. С. 186. Тузов Д.О. [Указ. соч.](#) (СПС "КонсультантПлюс").

Представляется, что придание сделке обратной силы таит в себе существенные неблагоприятные последствия, в первую очередь для третьих лиц. Как отмечает Д.О. Тузов, "при ретроактивном действии конвалидации могут серьезно пострадать интересы третьих лиц. Эти интересы требуют защиты от действий сторон недействительной сделки, направленных на изменение прежнего состояния правовых отношений и способных повлиять на субъективные права и обязанности иных участников гражданского оборота. Между тем российское законодательство не предусматривает каких-либо механизмов учета и защиты этих интересов, в связи с чем данная проблема нуждается в основательном изучении и решении на законодательном уровне" <1>.

<1> Тузов Д.О. [Указ. соч.](#) (СПС "КонсультантПлюс").

Как представляется, подобную проблему возможно устранить посредством последовательного проведения принципа относительности обязательств, в силу которого обязательственные отношения сторон договора не могут затрагивать права и законные интересы третьих лиц. Это также означает, что с обратной силой не может наступить вещный эффект, например возникновение у арендатора права следования и права преимущественного заключения договора аренды на новый срок. Аналогично у покупателя не может возникнуть с обратной силой право собственности на вещь (когда в договоре переход вещного права привязан к моменту совершения сделки), если право собственности на эту вещь перешло от продавца другому лицу до получения одобрения на совершение сделки <1>.

<1> Поддержку приведенного подхода см.: Дождев Д.В. [Указ. соч.](#) С. 187.

Помимо этого, против обратного эффекта сделки можно указать, что до одобрения прав и обязанностей по сделке не существует, а следовательно, ее участники не могут потребовать в судебном порядке исполнения основанных на ней обязательств. Более того, произведенные ими предоставления не имели бы оснований и подлежат возврату по правилам о реституции.

Кроме того, существенное значение имеет течение сроков исковой давности по требованиям, возникшим из такой сделки. По сути, в данном случае права требования сторон могут быть реализованы только после получения согласия, что свидетельствует о возникновении прав сторон, которые могут быть нарушены, только после одобрения соответствующей сделки. До

одобрения сделки реализация этих притязаний не может иметь места, поэтому применение обратной силы в этом случае влекло бы неоправданные ограничения или даже исключение возможности для лица воспользоваться правом требования. Следует отметить, что в данном вопросе германский правопорядок делает исключение, исчисляя сроки давности по требованиям из договора с момента одобрения сделки, а не с момента ее совершения <1>.

<1> Wolf M.J. Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München, 2012. S. 660.

Не менее важный вопрос заключается в возможности распространить договорные положения на отношения сторон, предшествовавшие согласию. Так, вправе ли кредитор привлечь должника к ответственности за нарушения, допущенные в рамках исполнения сделки, до получения согласия. К примеру, по соглашению о замене арендатора в порядке [ст. 615](#) ГК РФ предусматривалась неустойка за нарушение сроков выполнения текущего ремонта, обязанность по проведению которого была возложена на первоначального пользователя. Вправе ли новый арендатор требовать взыскания пени со своего контрагента за период, предшествовавший получению одобрения, учитывая, что часть своих обязательств, связанных с передачей имущества контрагенту, прежний арендатор выполнил, т.е. рассматривал сделку в качестве действительной.

Представляется, что в подобном случае будет уместен подход, в соответствии с которым соглашение сторон о том, что условия договора применяются к их фактически сложившимся до его заключения отношениям, не означает, что непосредственная обязанность по исполнению условий договора возникла ранее заключения договора <1>. В указанной ситуации заключение сделки в смысле порождения ею тех правовых последствий, на которые она направлена, происходит только с момента получения одобрения лица, чье согласие требуется в силу закона.

<1> Аналогичный подход представлен в [п. 6](#) информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 N 66 "Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой".

Таким образом, правило о действии эффекта сделки с обратной силой возможно признать обоснованным (в целях побуждения сторон к добросовестному поведению) с учетом указанных выше ограничений, направленных как на защиту интересов третьих лиц (в части вещного эффекта сделки), так и самих ее участников (в части сроков исчисления исковой давности и ответственности).

А.А. ДОРОХОВ

**ПРИРОДА ПРАВА НА СТРОЕНИЕ, ВОЗВЕДЕННОЕ НА ОСНОВАНИИ ПРАВА
ЗАСТРОЙКИ, ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ГЕРМАНИИ И [ПРОЕКТУ](#) ГК РФ**

В настоящей статье автор исследует природу права на возводимое на основании права застройки строение по законодательству Германии и [проекту](#) ГК РФ. Особое внимание уделяется конструкции права застройки как "юридического земельного участка", признаваемого в немецком правопорядке. Критически оценивается закрепляемое в проекте ГК РФ регулирование вопроса о принадлежности строения, возводимого на основании права застройки. По результатам исследования делается вывод о необходимости восстановления в российском праве ограниченного права застройки при условии изменения подхода российского законодателя к регулированию вопроса, касающегося правовой природы права на строение.

Nature of the Right to Construct Buildings Erected on the Basis of the Building Lease under German Law and the Draft Civil Code of the Russian Federation

A.I. Dorokhov

In the article the author explores the legal nature of the right to construct buildings on the basis of the building lease pursuant to German law and the draft Civil Code of the Russian Federation. Particular attention is paid to the structure of the building lease as a "legal land plot" recognized in German law. The draft Civil Code of the Russian Federation regulating ownership for a building erected on the basis of the building lease is critically evaluated. Based on the research results, the author concludes that the limited building lease must be restored in Russian law, if the Russian legislator changes its approach to regulating the legal nature of the right to construct buildings.

Право застройки является важнейшим ограниченным вещным правом, позволяющим осуществлять строительство лицам, не имеющим земельных участков на праве собственности. При этом болевой точкой регулирования отношений, возникающих при установлении права застройки, является противостояние интересов собственника земли и застройщика в сохранении прав на строение за собой. Различные правовые порядки исходя из необходимости обеспечения баланса сторон предлагают разные решения данной проблемы. В этом плане особого внимания заслуживает конструкция **юридических земельных участков**, признаваемая немецким правовым порядком. Учитывая потенциальную возможность закрепления в российском правовом порядке права застройки, вызывает интерес рассмотрение природы прав на строение, возведенное на основании права застройки по законодательству Германии, в сравнении с регулированием данного вопроса, предлагаемым в проекте ГК РФ.

1. Природа права на строение, возведенное на основании права застройки, по законодательству Германии

1.1. Краткая история вопроса

Германское наследственное право застройки (Erbbaurecht), по точному определению М.И. Митилино, "есть результат соединения и переработки двух в основе своей принципиально различных правовых институтов - германского Erbleine и римского superficies" <1>. Первоначально, вплоть до XV в., отношения по возведению строений на чужой земле регулировались специальным правовым институтом Erbleine, имевшим достаточно широкое применение вследствие неотчуждаемости значительной части городской территории. Существование данного института определялось по распространенной в Средневековье модели **разделенной собственности** через наличие производной (практически полной) собственности - dominium utile (Untereigentum) застройщика на строение при одновременном существовании верховной (голой) собственности землевладельца на земельный участок - dominium directum (Obereigentum) <2>. Отсюда видно существенное отличие конструкции Erbleine от римской superficies, так как "строение... как продукт деятельности и затрат капитала застройщика принадлежало этому последнему" <3>.

<1> Митилино М.И. Право застройки. Киев, 1914. С. 16 - 17.

<2> При этом Erbleine обозначалось как платное, передаваемое только по наследству вещное право на строительную площадку и подчиненная собственность на строение // Oefele H.F. von, Winkler K. Handbuch des Erbbaurechts. 5. Auflage. Verlag C.H. Beck. Munchen, 2012. S. 14.

<3> Митилино М.И. Указ. соч. С. 20.

В дальнейшем при рецепции римского права суперфициарное право было воспринято и немецким правовым порядком, но не в чистом виде, а с учетом специфики прежнего института. К примеру, из основополагающего принципа superficies solo cedit, в соответствии с которым права

на любые строения возникали у собственника земельного участка, было сделано исключение для временных построек <1>.

<1> Митилино М.И. Указ. соч. С. 22.

Принятие 18.08.1896 Германского гражданского **уложения** (ГГУ) ознаменовало новый этап в регулировании вещно-правовых отношений, которое легло в основу разрешения вопроса о правовом режиме строений на чужой земле на современном этапе.

1.2. Законодательная основа решения вопроса

Учение о вещах в ГГУ подверглось значительным изменениям, среди которых наибольший интерес вызывает признание земельного участка и построек на нем как **единого объекта недвижимости**, а также разделение категории составной части вещи на два вида: существенные (wesentliche Bestandteile) и несущественные составные части. К числу первых согласно § 93 ГГУ <1> относятся те, "которые не могут быть отделены одна от другой без того, чтобы какая-либо из них не была разрушена или изменена в своей сущности, не могут быть предметом отдельных прав". В отличие от них, несущественные составные части могут выступать в гражданском обороте отдельно от главной вещи, но только в случае оговорки об этом сторонами договора <2>.

<1> Текст ГГУ // <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата обращения: 17 апреля 2018 г.).

<2> Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полут. 2. М., 1950. С. 36.

Параграф 94 ГГУ конкретизирует положение о существенных составных частях применительно к составным частям земельного участка, называя среди них строения как вещи, прочно соединенные с землей. Таким образом, общий принцип superficies solo cedit соблюдается, хотя и с двумя исключениями, указанными в § 95 ГГУ. Во-первых, к ним не относятся вещи, созданные лишь для временных целей. Во-вторых, к существенным составным частям земельного участка не относятся строения и другие сооружения, которые соединяются с участком при осуществлении ограниченного вещного права на него. Отсюда следует, что **выстроенное по праву застройки здание не принадлежит на основании права собственности собственнику земельного участка**, что, казалось бы, не соответствует концепции единого объекта недвижимости. Однако согласно положению п. 1 § 12 Закона от 15.01.1919 "О наследственном праве застройки" <1> **такое строение является существенной составной частью наследственного права застройки, следовательно, права на него возникают у застройщика** <2>. Налицо применение фикции (так как согласно § 93 ГГУ составная часть может быть исключительно у вещи, но не у права), с помощью которой наследственное право застройки (Erbbaurecht) догматически было объявлено **юридическим земельным участком** - grundstuecksgleiches Recht <3>.

<1> Закон о наследственном праве застройки (Erbbaurechtsgesetz) до переименования Министерством юстиции Германии 23.11.2007 существовал в форме распоряжения (Verordnung), имевшего силу закона. Текст доступен по ссылке: <https://www.gesetze-im-internet.de/erbbauev/BJNR000720919.html> (дата обращения: 17 апреля 2018 г.).

<2> Wieling H.J. Sachenrecht. Band 1. Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen. 2. Auflage. Springer. 2006. S. 77.

<3> Oefele H.F. von, Winkler K. Op. cit. S. 42; Wilhelm J. Sachenrecht. 4. Auflage. De Gruyter

1.3. Право застройки как юридический земельный участок

Конструкция юридического земельного участка уже из самого названия предполагает применение к ней правового режима, сходного с режимом земельного участка в его обычном понимании. В отношении права застройки это прямо подтверждается положениями законодательства. В частности, в абз. 1 § 11 Закона "О наследственном праве застройки" указано, что к праву застройки применяется большинство норм о земельных участках, в том числе нормы о притязаниях из права собственности, если иное не следует из Закона. Запись о праве застройки осуществляется в специальном разделе поземельной книги <1>.

<1> Абзац 1 § 14 Закона "О наследственном праве застройки".

Вместе с тем для возникновения "связанности" права застройки и строения необходимо выполнение нескольких условий. Во-первых, право застройки должно действительно возникнуть, т.е. в отношении его должно быть заключено соглашение между управомоченными лицами (Einigung) и внесена запись в поземельную книгу (Eintragung) <1>. Во-вторых, характеристики (параметры, назначение) строящегося здания должны соответствовать характеристикам, указанным в соглашении об установлении права застройки. В тех случаях, когда застройщик существенно нарушает соответствующие условия соглашения: превышает оговоренную этажность здания, изменяет его назначение (например, строит магазин вместо жилого дома) или возводит большее количество строений, соответствующие объекты попадают не в его имущественную сферу, а в собственность собственника земельного участка <2>.

<1> Oefele H.F. von, Winkler K. Op. cit. S. 42, 256.

<2> Данное мнение является господствующим в немецкой литературе, однако некоторые авторы придерживаются противоположной позиции на том основании, что застройщик в любом случае управомочен осуществлять строительство в силу наличия заключенного соглашения о праве застройки. Собственник земельного участка при этом имеет право на возмещение убытков (§ 823 ГГУ) или на предъявление негаторного иска (§ 1004 ГГУ). См. обзор мнений: Bottcher R. Praktische Fragen des Erbbaurechts. 6. Auflage. Köln, 2011. S. 5 - 6; Oefele H.F. von, Winkler K. Op. cit. S. 43 - 44.

Интересным представляется положение Закона "О наследственном праве застройки" о правовой судьбе строений, уже существовавших на земельном участке до его обременения правом застройки. Такие строения также рассматриваются как составные части права застройки <1>, т.е. переходят в имущественную сферу застройщика. При этом вопрос о том, что в данном случае происходит с правом собственности землевладельца, является дискуссионным. Согласно господствующей позиции оно переходит к застройщику в силу прямого указания законодательства, в то же время, по мнению некоторых авторов, право собственности просто обременяется правом застройки <2>. На наш взгляд, следует согласиться с первой точкой зрения, сторонники которой справедливо отмечают, что законодатель, признавая уже существующие строения составными частями права застройки, преследовал цель установления единого регулирования для всех строений. При этом ничто не мешает сторонам соглашения о праве застройки согласовать "нераспространение" права застройки на отдельные строения <3>.

<1> Абзац 1 § 12 Закона "О наследственном праве застройки".

<2> Oefele H.F. von, Winkler K. Op. cit. S. 45.

<3> Ibid. S. 46.

Вывод

Наличие указанного регулирования позволяет выстроить довольно стройную, сбалансированную и при этом не противоречащую базовым принципам немецкого вещного права систему взаимоотношений между собственником земли и застройщиком. Краеугольная проблема права застройки - принадлежность прав на строение - решается не через конструкцию права собственности, что влечет необходимость поиска оптимального сочетания данного права с правом застройки, а через механизм попадания строения как составной части сначала в имущественную сферу застройщика, а после прекращения права застройки - в сферу собственника земельного участка <1>. Тем самым баланс интересов субъектов соответствующих правоотношений соблюдается в максимальной степени. Застройщик в течение срока действия права застройки, который обычно является длительным (до 100 лет) <2>, получает возможность построить для себя здание (в том числе жилое), привлекая в случае необходимости финансирование путем залога самого права застройки, пользоваться им, а после истечения срока действия - получить соразмерную компенсацию <3>. В свою очередь, собственник земельного участка получает доступ к длинным деньгам <4>, не отчуждая свой главный имущественный актив, а наоборот, повышая его капитализацию, а также приобретает право собственности на строение по окончании права застройки.

<1> Абзац 3 § 12 Закона "О наследственном праве застройки".

<2> Sturner R. Einführung in Grundstuckrecht: Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung von Universitätsprofessor Dr. Rolf Stumer. 3. Aufl. Munchen, 2002. S. X.

<3> Абзац 1 § 27 Закона "О наследственном праве застройки".

<4> Согласно абз. 1 § 9 Закона "О наследственном праве застройки" установление права застройки может быть обусловлено необходимостью выплаты застройщиком вознаграждения (платы за право застройки).

В связи с этим немецкое наследственное право застройки можно охарактеризовать как действительно эффективное и удобное для регулирования отношений по застройке чужой земли ограниченное вещное право. Этим объясняется его высокая популярность не только среди застройщиков жилья, но и среди застройщиков крупных коммерческих объектов <1>. Данные обстоятельства позволяют сделать вывод о том, что немецким законодателем был выбран удачный подход к регулированию вопроса о природе права на строение, возведенное на основании права застройки.

<1> Леонтьева Е.А., Эм М. [Наследственное право застройки: опыт Германии](#) // Вестник гражданского права. 2011. N 6 (СПС "КонсультантПлюс").

2. Природа права на строение, возведенное на основании права застройки, по [проекту](#) ГК РФ

2.1. Строительная аренда как главное правовое основание строительства на чужой земле на современном этапе

Законодательное регулирование вещного права в России характеризуется ограниченностью и наличием в своем составе институтов советского прошлого, что "дает основания для характеристики российского права, по крайней мере в рассматриваемой части, как **правопорядка переходного типа**" <1>. Существующий набор ограниченных вещных прав "не рассчитан на значительное число отношений в связи с использованием земельных участков из состава государственных или муниципальных земель (под застройку большинством субъектов и др.) и... **не рассчитан на отношения с участием частного собственника земельного участка** (выделено мной. - А.Д.)" <2>. В силу отсутствия подходящего для строительства на чужой земле вещного права объективно возникший правовой "вакуум" заполнился (и продолжает заполняться) институтом обязательственного права - договором аренды. Вместе с тем, хотя аренда и стала для российского строительного рынка своеобразным "мессией", что связано в том числе с наличием у нее вещно-правовых черт, нельзя не отметить возникающие при ее использовании на практике сложности. Не ставя целью осветить все проблемные моменты применения аренды для строительства, которые весьма подробно описаны в литературе <3>, кратко остановимся на отличиях правового режима вещей - объектов строительной аренды - от правового режима вещей - объектов классической аренды.

<1> Суханов Е.А. [Вещное право: Научно-познавательный очерк](#). М., 2017 (СПС "КонсультантПлюс").

<2> Концепция развития законодательства о вещном праве. Проект, рекомендованный Президиумом Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (Протокол N 3 от 18 марта 2009 г.) // <http://privlaw.ru/soviet-po-kodifikacii/conceptions/konceptsiya5/> (дата обращения: 23 апреля 2018 г.).

<3> См., например: Суханов Е.А. [Проблемы вещного права](#) в современном российском праве // Журнал российского права. 2016. N 4 (СПС "КонсультантПлюс"); Бевзенко Р.С. [О целесообразности и желательности введения права застройки](#) в российское право // Закон. 2016. N 6 (СПС "КонсультантПлюс"); Леонтьева Е.А. [Право застройки vs аренда](#) // Закон. 2015. N 4 (СПС "КонсультантПлюс").

Во-первых, строительство объекта недвижимого имущества (здания или сооружения) предполагает качественное изменение функциональных свойств земельного участка, в связи с чем общее положение **ГК РФ** об обязанности арендатора вернуть арендодателю имущество в том состоянии, в котором он его получил, с учетом нормального износа <1> не может быть выполнено без сноса соответствующего объекта. Во-вторых, вовлечение земельных участков в оборот для целей их застройки приводит к необходимости учета земельного законодательства, в частности, в вопросах возложения на арендатора определенных обязанностей на период строительства, определения ставок арендной платы и установления специальных оснований для прекращения договора аренды <2>. В-третьих, приобретение арендатором права собственности на возведенное им строение <3> вступает в противоречие с основополагающим принципом **единства судьбы** земельных участков и прочно связанных с ними объектов, согласно которому такие объекты следуют судьбе земельных участков <4>.

<1> [Ст. 622 ГК РФ](#).

<2> [Постановление Президиума ВАС РФ от 23.12.2008 N 8985/08 по делу N А55-16774/2007](#).

<3> Следует отметить, что "действующее законодательство напрямую не разрешает вопрос о праве на объект недвижимости, возводимый на арендованном земельном участке. Тем не менее нет препятствий для того, чтобы у арендатора, осуществляющего строительство, в

отношении возводимого объекта недвижимости возникало право собственности" // Евдокимова Е.А. [Право застройки вместо права аренды](#) // Закон. 2013. N 3 // СПС "КонсультантПлюс".

<4> [Подпункт 5 п. 1 ст. 1](#) Земельного кодекса РФ.

Уже на основании данных рассуждений возникают обоснованные сомнения в "способности" регулирования строительных отношений через договор аренды. Обращение к судебной практике лишь подтверждает данную точку зрения. Показательным является [Определение](#) ВС РФ от 14.06.2017 по делу N А75-236/2016. Отказывая публичному собственнику (администрации) в удовлетворении требования к арендатору (акционерному обществу) о возврате земельного участка в силу наличия на нем незарегистрированного недостроенного объекта, высшая судебная инстанция, ссылаясь на разъяснения, содержащиеся в [п. 38](#) Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25, указала, что данный объект является недвижимостью независимо от государственной регистрации, поэтому положение [ст. 622](#) ГК РФ не может служить основанием для освобождения земельного участка арендатором даже после прекращения договора аренды <1>. Такое разрешение спора, во-первых, обнажило все указанные выше проблемы, во-вторых, вновь вызвало к жизни дискуссию об обоснованности все большего снижения правоустанавливающего значения государственной регистрации прав на недвижимость, но теперь с учетом специфики отношений по застройке чужой земли. В связи с этим заслуживают поддержки опасения Е.А. Суханова в том, что "при разрешенной, по крайней мере, публичным собственником застройке своего земельного участка от его права собственности мало что остается" <2>.

<1> Подробнее об обстоятельствах дела см.: Прецедент месяца // Арбитражная практика для юристов. 2017. N 8. С. 12 - 13.

<2> Суханов Е.А. [Об одном судебном прецеденте](#) // Вестник гражданского права. 2017. N 5. С. 155.

Выход из сложившейся ситуации находится, на наш взгляд, в законодательном признании ограниченного вещного права - права застройки, ранее известного дореволюционному и советскому правопорядкам. Данная точка зрения находит поддержку и у законодателя, о чем свидетельствует подготовленный и принятый 27.04.2012 Государственной Думой РФ в первом чтении [законопроект](#), вносящий большой блок поправок в раздел о вещных правах <1>. Несмотря на неясность перспектив по окончательному принятию <2>, на настоящий момент данный законопроект является главной правовой основой установления в российском правопорядке права застройки, в связи с чем представляется необходимым обратиться к положениям законопроекта, раскрывающим природу права на строение, возводимое застройщиком.

<1> [Проект](#) Федерального закона N 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации", принятый ГД ФС РФ в первом чтении 27.04.2012 и подготовленный ко второму чтению Комитетом ГД РФ по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству" // [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=47538-6](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=47538-6) (дата обращения: 23 апреля 2018 г.).

<2> После принятия [проекта](#) в первом чтении [Постановлением](#) Государственной Думы РФ от 16.11.2012 он был разделен на 11 самостоятельных законопроектов, каждый из которых в дальнейшем должен был приниматься отдельно. По состоянию на дату написания настоящей статьи (22 апреля 2018 г.) законопроект, посвященный вещному праву, остается без движения.

2.2. Оценка основных положений проекта ГК РФ о природе прав на строение, возведенное на основании права застройки

Рассмотрение данного вопроса в контексте реформы законодательства о вещном праве является особенно интересным в силу распространения в последнее время мнения о необходимости перехода от принципа единой судьбы земельного участка и недвижимости на нем к концепции **единого объекта недвижимости** <1>. Вместе с тем в **п. 2 ст. 300** проекта изменений ГК РФ закрепляется положение, согласно которому здания и сооружения, возведенные на основании права застройки, принадлежат лицу, имеющему право застройки, на праве собственности в течение срока действия права застройки. Очевидно, что в таком случае не приходится говорить о следовании принципу единого объекта. При этом в классическом понимании "установление права застройки не приводит к возникновению отдельного права собственности на здание и не порождает тем самым раздельный оборот земельных участков и строений на них" <2>. Здание в таком случае является, по сути, "объектом содержания права застройки" <3>, оно не может существовать в отрыве от него.

<1> См., например: Бевзенко Р.С. **Земельный участок с постройками** на нем // Вестник гражданского права. 2017. N 1-2 (СПС "КонсультантПлюс").

<2> Если же раздельная собственность допускается правопорядком, необходимость в ограниченном вещном праве застройки вообще отпадает // Леонтьева Е.А. **Проблемы института застройки** чужого земельного участка в современном российском праве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. N 6 (СПС "КонсультантПлюс").

<3> Митилино М.И. Указ. соч. С. 144.

Помимо этого, правило о возникновении у застройщика временной собственности на строение способно породить ряд иных проблем практического и теоретического характера. Во-первых, категория временной собственности является доктринально противоречащей классическому подходу к определению вещного права собственности как вечного права. Во-вторых, наличие различных прав на строение и земельный участок не соответствует закрепленному в **подп. 5 п. 1 ст. 1** Земельного кодекса РФ и вытекающему из **ст. 130, 287 и 297** проекта ГК РФ принципу единства судьбы земельного участка и возведенных на нем строений. В связи с этим возникают сомнения в том, что существование временного права собственности застройщика на возведенное им строение позволит создать устойчивую систему взаимоотношений, возникающих на почве института права застройки <1>.

<1> Вряд ли сможет исправить ситуацию внесенное в **п. 2 ст. 300** проекта ГК РФ ко второму чтению правило о возможности в установленных законом случаях предусмотреть в договоре, что право собственности на возведенное здание или сооружение возникает у собственника земельного участка, так как, в целом, решение вопроса через право собственности приводит к необходимости поиска оптимального сочетания данного вещного права с правом застройки.

Рассмотрев правовую судьбу возведенного строения на время действия права застройки, обратимся к положениям проекта ГК РФ, определяющим правовую судьбу строения после его прекращения. В соответствии с **п. 1 ст. 300.7** при прекращении права застройки здания и сооружения поступают в собственность собственника земельного участка, если иное не предусмотрено законом или договором об установлении права застройки. Данное положение совершенно оправданно, так как содержит в себе известный еще со времен римского права принцип **приращения (accessio)** <1>. Вместе с тем при применении данного принципа

необходимо учитывать сложившуюся социально-экономическую ситуацию в стране. В настоящее время около 92% всех земель находятся в публичной собственности <2>. Предоставляя публичные земли на основании права застройки и применяя затем положение п. 1 ст. 300.7, "государство вместо того, чтобы отчуждать собственникам зданий и сооружений земельные участки, само будет приобретать право собственности на такие здания и сооружения по истечении срока права застройки. В связи с этим не может не возникнуть вопрос, насколько оправданно такое разрастание государственной собственности" <3>.

<1> Данный принцип известен и действующему российскому законодательству, но применяется он только в отношении водных объектов и растений (п. 2 ст. 261 ГК РФ).

<2> [Кодификация российского частного права 2015](#) / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2015. С. 348.

<3> Евдокимова Е.А. [Право застройки вместо права аренды](#) // Закон. 2013. N 3 (СПС "КонсультантПлюс").

Вывод

Анализ закрепляемых в [проекте](#) ГК РФ положений, касающихся природы прав на возводимое по праву застройки строение, показывает, что в основе регулирования находится решение вопроса - кому на праве собственности принадлежит строение? <1> Объективно возникающее при этом "расщепление" института застройки на право владения и пользования земельным участком и право собственности на строение приводит к необходимости подбирать оптимальные комбинации межобъектных правовых связей для участия их в обороте <2>. Выход из данной ситуации, на наш взгляд, видится не в определении того, в чьей собственности находится строение, а либо в плоскости установления единого вещного права застройки как на земельный участок, так и на строение, что является более реалистичным вариантом, либо в плоскости отнесения строения к составной части права застройки, что требует законодательного признания концепции единого объекта недвижимости и, как следствие, допустимости появления юридических земельных участков. В любом случае выбор одной из двух указанных альтернатив будет способствовать решению большинства проблем, которые могут возникнуть при применении регулирования, предлагаемого [проектом](#) ГК РФ в настоящий момент.

<1> Весьма показательна в связи с этим попытка авторов проекта концепции развития законодательства о вещном праве решить проблему разрастания государственной собственности также через конструкцию права собственности: "для земель, находящихся как в государственной или муниципальной, так и в частной собственности, возможны переходные положения, по-иному определяющие, кто является собственником строений и **какова будет юридическая судьба строений и земельного участка по прекращении суперфиция, вплоть до предоставления суперфициару права приобретения земельного участка в собственность за определенную компенсацию** (выделено мной. - А.Д.)" / [Концепция](#) развития законодательства о вещном праве. С. 91.

<2> Леонтьева Е.А. [Право застройки vs аренда](#) // Закон. 2015. N 4 (СПС "КонсультантПлюс").

И.И. ЗИКУН

ГЕНЕЗИС КАТЕГОРИИ "ФИДУЦИАРНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ" В ЕВРОПЕЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

В настоящей статье автор рассматривает вопрос о происхождении института фидуциарной собственности в европейском праве, в результате чего выделяет подход романистов и подход германистов. Автор доказывает, что европейское гражданское право не смогло реципировать римско-правовой институт фидуции и выработало свои национальные институты в каноническом праве. Автор приходит к выводу, что приоритет учредителя управления может быть объяснен через категорию "ожидание" как аналога *jus ad rem*.

Genesis of the Institute of Trust in European Civil Law

I.I. Zikun

In this article the author reviews a question about genesis of the institute of trust in European law as a result of which the author lays special emphasis on the theory of Romanists and on the theory of Germanists. The author proves that European civil law has failed to adopt the legal institute of fiducia from Roman private law and has developed its own national institutes in canon law. The author comes to the conclusion that the priority of a settlor can be explained by the "expectation" category as analogy of *jus ad rem*.

1. Постановка проблемы

Термин "фидуциарная собственность" является условным и содержит в себе ошибку, исходя из того, что помимо права собственности параллельно существует еще и фидуциарная собственность. Унитарная концепция права собственности, предложенная А.Ф.Ю. Тибо и поддержанная впоследствии О. фон Гирке, не допускает выделения каких-либо особых видов (форм) собственности. Как будет показано далее, использование категории "фидуциарная собственность" породило множество теорий ее природы - начиная с квалификации фидуциарной собственности как института вещного права и заканчивая полным отказом от вещной природы фидуциарной собственности. Анализ генезиса европейской фидуциарной собственности показывает аномальность этой категории, которая не вписывается в классическое деление на вещные и обязательственные права. На всех этапах исторического развития фидуциарная собственность занимала промежуточное место, в связи с чем в настоящее время получила название "пароксизм права собственности", т.е. состояние крайней болезни института права собственности. Говоря о фидуциарной собственности как институте, необходимо сказать, что многие правовые порядки нормативно не закрепили его, что оставляет фидуциарную собственность на уровне доктрины и судебной практики. В настоящей работе предпринята попытка квалифицировать "фидуциарную собственность" с точки зрения субъективного права, а именно - *jus ad rem*. На примере европейского исторического опыта в работе предложена трехэтапная модель развития природы субъективного права учредителя фидуциарной собственности: *jus ad rem* - право из сделки под условием - ожидание (*Anwartschaft*). Анализ европейского исторического опыта показывает, что европейское право в настоящий момент отходит от предоставления учредителю фидуциарной собственности субъективного права, наделяя его неким промежуточным статутом (ожиданием).

Институт фидуциарной собственности (*trust*, *Treuhand*, *fiducie*) является одним из аномальных институтов гражданского права, который имеет многовековую историю развития. При установлении фидуциарной собственности одно лицо (учредитель управления) передает свое имущество в управление другому лицу (управляющему). В германской доктрине гражданского права принято говорить о том, что договор управления имуществом порождает два вида правоотношений: внутренние и внешние. Во внутренних отношениях с управляющим собственником является учредитель управления, а во внешних отношениях для всех третьих лиц собственником является управляющий. Таким образом, в качестве решения вопроса о принадлежности права собственности в отношениях по управлению имуществом был использован метод разграничения внутренних и внешних отношений, который вообще не имеет ничего общего с институтом права собственности. В институте права собственности вообще не

существует внутренних правоотношений, а есть только отношения с третьими лицами.

Разграничение внутренних и внешних правоотношений в институте фидуциарной собственности осуществлено крайне непоследовательно. Применение метода разграничения внутренних и внешних отношений означает, что в любом правоотношении с третьими лицами собственником всегда будет управляющий. Однако этого не происходит в процедуре исполнительного производства в отношении управляющего и в процедуре несостоятельности (банкротства) управляющего. Согласно § 47 InsO и § 771 ZPO при возбуждении процедуры исполнительного производства или процедуры банкротства в отношении управляющего по требованиям его личных кредиторов учредитель управления имеет право на заявление возражения и исключение предмета управления из конкурсной массы управляющего. Так правоотношения учредителя управления и управляющего утрачивают свой внутренний характер и получают внешний эффект против третьих лиц. Следовательно, разграничение внутренних и внешних отношений не объясняет природу института фидуциарной собственности.

Была предпринята попытка объяснения природы института фидуциарной собственности через рецепцию института римского частного права - фидуцию. Объясняется это отчасти тем, что большинство современных правопорядков для обозначения фидуциарной собственности используют кальку с лат. fides - "вера": trust - "доверие", Treuhand - "верные руки", fiducie - "доверие".

В случае признания рецепции европейской наукой гражданского права римского института фидуции (в первую очередь fiducia cum amico) спор о внешнем эффекте договора управления имуществом не имеет никакого смысла, так как по римскому частному праву фидуциар в результате манципации становился полноценным собственником <1>, а значит, третьи лица свободны в заключении любых договоров с ним без учета целевого ограничения, установленного пактом фидуции, а в процедуре банкротства и исполнительного производства фидуциант не имел никакого преимущества. В связи с этим необходимо обратиться к истории происхождения института фидуциарной собственности в европейском гражданском праве. Необходимо признать, что континентальное гражданское право не реципировало институт фидуции, а, наоборот, противопоставило свои национальные институты фидуциарной собственности римскому частному праву.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Римское частное право" (под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского) включен в информационный банк согласно публикации - Юристъ, 2004.

<1> "Лицо, получившее вещь (фидуциарий, fiduciarius), становится своеобразным доверительным собственником и обязуется при определенных условиях вернуть вещь кредитору (фидуцианту, fiducians)". Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 3-е изд., испр. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2015. С. 576 - 577; "Должник в целях залога передает по манципации закладываемое имение в собственность залоговому кредитору; при этом между сторонами заключается дополнительное соглашение, по которому залоговый кредитор обязан в случае своевременной уплаты долга возвратить заложенное имение должнику". Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М.: ИКД "Зерцало-М", 2008. С. 354.

2. Происхождение института фидуциарной собственности

В связи с активным использованием институтов римского частного права пандектная наука выработала два подхода к вопросу происхождения института фидуциарной собственности.

2.1. Рецепция института фидуции германским правом из римского частного права (подход романистов)

Согласно господствующему мнению европейская наука гражданского права реципировала институт фидуции из римского частного права <1>. Данная позиция обоснована тем, что современный институт Treuhand, как и фидуция, основан на передаче права собственности другому лицу (кредитору или третьему лицу), что создает расщепление формы и материи (формально фидуциар является собственником, а материально - нет). Однако данный подход нельзя признать обоснованным в связи с тем, что институт фидуции был незнаком легистам и канонистам. Практически все исследователи института фидуции в римском праве сходятся во мнении, что положения римских источников в отношении института фидуции были серьезным образом изменены компиляторами. В частности, во многих фрагментах слово fiducia было заменено на pignus. Помимо этого, как отмечают П. Эртманн и Х. Гепперт, во многих фрагментах слово fiducia заменено на eam, что делает невозможным использование этих фрагментов <2>. Кроме того, исследование института фидуции осложнено еще и тем, что слово fiducia (точно так же, как trust в английском языке) имело несколько значений (как вид залога или как сам предмет залога), а также использовалось римскими юристами и в других институтах, вообще не имеющих отношения к институту фидуции (например, heres fiduciarius - "доверительный наследник", а также применительно к manumissio homo liber - "отпущение на свободу"), что впоследствии даст основание Ф. Хеку заявить о недопустимости использования института фидуции с иной целью, кроме как залоговое обеспечение.

<1> См.: Mitteis-Lieberich. Deutsches Privatrecht / 2. Auflage. 1976. S. 32; Kaser M. Das romische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altromische, das vorklassische und klassische Recht / C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Munchen. 1971. S. 536; Devaux A., Beckner D., Ryznar M. The Trust as More Than a Common Law Creature // Ohio Northern University Review. 2014. Vol. 41. P. 92; Helmholz R., Zimmermann R. Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective; Th. P. Gallanis. The Trust in continental Europe: A brief comment from a US observer // Columbia Journal of European Law. 2012. Vol. 18. P. 8; Yaell E. La fiducie civiliste: modalite de la propriete ou intermede a la propriete? // Revue de droit de McGill. 2013. 58:4. P. 829; Monier R. Manuel elementaire de droit romain / Montchretien. Paris. 1948. 4^e ed. P. 120; Gaudement J. Droit prive romain / Presses universitaires de France. Paris. 3^e ed. 2008. P. 268; Zenati-Castaing F., Revet T. Les biens / Presses universitaires de France. Paris. 3^e ed. 2008. P. 404.

<2> См.: Oertmann P.E.W. Die Fiducia im romischen Privatrecht. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung / Verlag von J. Guttentag. Berlin, 1890. S. 36 - 37; Goppert H. Zur Fiducia cum amico contracta // Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 1892. Band 13. S. 330; Механическая подмена понятия fiducia на pignus была замечена также и российским романистом Д.В. Дождевым ("В целом сегодня является признанным, что компиляторы работали очень тщательно: они не только использовали оригинальные копии, не прибегая к постклассическим сборникам, но и [...] заменяли одни термины на другие: mancipatio на traditio, fiducia на pignus, actio de auctoritate на actio de evictione, cretio на aditio, sponsor на fideiussor"). См.: Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. 3-е изд., испр. и доп. М.: Норма; ИНФРА-М, 2015. С. 87.

Таким образом, уже из характера выявленных О. Ленелем, А. Перниси, П. Эртманном и Ф. Хеком интерполяций можно говорить о том, что институт фидуции был чужд средневековому европейскому праву, так как компиляторы не просто вносили изменения во фрагменты Дигест, а полностью устранили институт фидуции, заменяя его на привычный им институт пignуса <1>. Те же фрагменты Дигест, в которых термин "фидуция" сохранился, также вызывают немало сомнений в их достоверности (например, обсуждаемый практически всеми исследователями

института фидуции спор о quod - essent и quo - sunt), т.е. о том, можно ли было заключить договор фидуции в отношении будущей вещи, или она уже должна была иметься в наличии.

<1> См.: Lenel O. Quellenforschungen in den Edictcommentaren // Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 1882. Band 3. S. 178; Lenel O. Palingenesia Iuris Civilis. Iuris Consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque Iuris Prudentiae Civili fragmenta minora secundum Auctores et libros disposuit Otto Lenel / Lipsiae: B. Tauchnitz. 1889. Band I. S. 212 - 355; Pernice. Paregra // Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 1887. Band 8. S. 277; Oertmann P.E.W. Die Fiducia im romischen Privatrecht. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung / Verlag von J. Guttentag. Berlin. 1890. S. 31 - 51; Heck Ph. Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann // Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 1892. Band 13. S. 116 - 138.

Из Институций Гая (II. 59, 60) известно, что существовало два вида фидуции: "фидуция с кредитором" (fiducia cum creditore) и "фидуция с другом" (fiducia cum amicus). Если "фидуция с кредитором" представляет собой более или менее понятный нам институт залога (титального обеспечения с передачей права собственности кредитору), то в отношении "фидуции с другом" все сведения являются недостоверными ввиду неточностей фрагментов и высокого риска интерполяций (например, фрагменты Марцелла и Модестина (fr. 34 und fr. 39, Dig. de pign. act. 13, 7), в которых пакт фидуции был заменен на договор купли-продажи) <1>. Очевидно, что две сделки не могут быть разграничены по участвующему в них субъекту (кредитор или друг), так как дружеские отношения фидуцианта и фидуциара не имели правового значения. "Фидуция с другом" могла быть заключена вовсе и не с другом, а просто с уважаемым римским гражданином.

<1> См.: Heck Ph. Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann // Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 1892. Band 13. S. 88.

Согласно господствующему мнению эти два вида фидуции различались по сфере применения: "фидуция с кредитором" имела обеспечительную функцию залога, а "фидуция с другом" имела самую широкую сферу применения <1>. Вместе с тем Ф. Хек (так же, как Исидор <2>) убедительно доказывает, что все фрагменты Дигест, на которых П. Эртманн основывает свой тезис о целевом различии "фидуции с кредитором" и "фидуции с другом", подверглись интерполяции со стороны компиляторов. Доказывая интерполяцию фрагментов Дигест, Ф. Хек приходит к выводу, что "фидуция с кредитором" и "фидуция с другом" не могут быть разграничены по сфере их применения, так как обе сделки имеют обеспечительную функцию залога. Если в первом случае право собственности (абсолютная неограниченная власть) передавалось кредитору, то в случае "фидуции с другом" право собственности передавалось доверенному лицу, что уменьшало риски неправомерного отчуждения имущества со стороны кредитора. Вместе с тем фидуциант нес личную ответственность перед кредитором за утрату или ухудшение предмета фидуции. Несмотря на свою логическую обоснованность, модель Ф. Хека была подвергнута критике со стороны Т. Нимейера и Х. Гепперта в связи с тем, что Ф. Хек выявил интерполяции исключительно на основании толкования фрагментов Дигест без проведения лексического анализа текста <3>. Помимо этого, позицию Ф. Хека критиковали в связи с тем, что третье лицо (друг) не находится в правоотношении с кредитором, а значит, нет никакой обеспечительной цели. Единственное, что мог сделать кредитор, - предъявить к третьему лицу виндикационный иск. Личная же ответственность третьего лица перед кредитором превращала его в поручителя. Таким образом, согласно господствующему мнению "фидуция с кредитором" и "фидуция с другом" различаются по сфере применения, однако этот вывод находит как сторонников, так и противников.

<1> П. Эртманн выделил девять случаев использования "фидуции с другом" (Freundschaftsfiducia) в римском частном праве: 1) для хранения вещи; 2) в качестве ссуды (позднее заменен на *commodatum*); 3) в качестве секвестра (*sequestration*) (см.: Huschke D. Ueber die *usucapio pro herede, fiduciae und ex praediatura* // *Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1848. Band XIV. S. 235); 4) для наделения фидуциара полномочиями по распоряжению предметом фидуции посредством поручения (*mandat*) (см.: Sohm R. *Institutionen. Geschichte und System des romischen Privatrechts* / Verlag von Duncker & Humboldt. Leipzig. 1908. S. 35); 5) в качестве купли-продажи уцененного товара (*Trodelvertrag*); 6) в качестве *Societat*; 7) в качестве процессуальной обеспечительной меры; 8) в качестве суррогата условной сделки; 9) в качестве дарения на время (см.: Oertmann P.E.W. *Die Fiducia im romischen Privatrecht. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung* / Verlag von J. Guttentag. Berlin. 1890. S. 136 - 137). Т. Нимейер указывал на применение "фидуции с другом" для освобождения раба (*manummissio*), отработки долга (*Abverdienstung*), Folterung (Niemeyer Th. *Fiducia cum amico und Depositum* // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1892. S. 299). Наиболее воспринятым германской доктриной является точка зрения, что "фидуция с другом" использовалась изначально как договор хранения (Savigny F.K. von. *System des heutigen romischen Rechts* / Veit und Comp. Berlin. 1840. Band 4. S. 244; Puchta G.F. *Cursus der Institutionen* / Breitkopf und Hartel. Leipzig. 1841. Band 2. S. 349; Dernburg H. *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen romischen Rechts* / Verlag von S. Hirzel. Leipzig. 1860. Band 1. S. 10; Pernice A.M. *Antistius Labeo: das romische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* / Buchhandlung des Waisenhauses. 1873. Band 1. S. 433; Puntchart V. *Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Romer* / Deichert. 1872. S. 283; Huschke. *Op. cit.* S. 58; Rudorff A.A.F. Ueber die baetische Fiduciartafel // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*. 1873. Band 11. S. 58). Это же в комментарии к Цицерону подтверждает и Voethius, говоря о том, что владение вещью передавалось на "время опасности" (*tempus dubium*) (Noordraven B. *Die fiduzia im romischen Recht* / J.C. Gieben, Publisher. Amsterdam. 1999. S. 48). О применении института "фидуции с другом" в качестве поручения или делегации см.: Jacobs H.H. *Fiducia und Delegation* / Jacobs H.H. *Kleine Schriften zur Wissenschaft vom romischen Recht - Digesten - Glossen - Savigny*. Keip Verlag Goldbach. 2004. S. 83 - 137.

<2> "Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur" // Isidor V., 25, 23 (цит. по: Heck Ph. *Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann* // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1889. Band 10. S. 113 - 114).

<3> См.: Niemeyer Th. *Op. cit.* S. 297 - 323; Goppert H. *Zur Fiducia cum amico contracta* // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. 1892. Band 13. S. 317 - 356.

Ввиду фрагментарности дошедших до нас источников, а также многочисленных интерполяций романистика не может достоверно утверждать, являлась ли манципация обязательной для передачи права собственности на основании пакта о фидуции, или же ее можно было заменить простой традицией, в связи с чем также остается без разрешения спор о предмете пакта фидуции. С одной стороны, общепризнанным мнением на основе источников является то, что передача права собственности на основании пакта фидуции происходила в форме манципации или *in iure cessio*, причем с символической уплатой одного сестерция (*nummo uno mancipatio; fur einen Pfennig*). При этом целевое ограничение, установленное в пакте фидуции, для манципации не имело никакого значения, так как манципация представляла собой формальный абстрактный акт (абстрактная сделка) по передаче права собственности <1>. Исходя из этого в результате манципации право собственности переходило не ограниченным целью пакта фидуции. С другой стороны, обязательное требование манципации означает либо то, что предметом фидуции могли быть только манципируемые вещи, либо то, что манципация применялась даже к неманципируемым предметам. Кроме того, фрагмент Дигест (I. 52 D. 21, 2) указывает на то, что для передачи права собственности на раба на основании пакта фидуции манципация не обязательна. Вместе с тем В. Райн, Т. Мутхер и Э.И. Беккер с большей или меньшей степенью

уверенности допускали замену манципации традицией предмета фидуции <2>. Согласно господствующему мнению и источникам (1. 24 pr. D. de pign. a. 13, 7) фидуциант не обязан передавать владение предметом фидуции. Фидуциар овладевал предметом sine auctoritate iudicis, причем possessionis impetration при фидуции было аналогичным, как dominii impetratio при пignore. Таким образом, право собственности переходило не только без передачи владения, но и без использования конститута владения, что было немыслимым для средневекового европейского права.

<1> См.: Kaser M. Op. cit. S. 133; Jors P., Kunkel W., Wenger L. Romisches Recht / Springer Verlag. Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo. 4. Auflage. 1986. S. 101; Savigny F.K. von. Op. cit. Band 5. S. 486; Rudorff A.A.F. Op. cit. S. 75; Buchel K. Ueber die Natur des Pfandrechts / Garthe. Marburg, 1833. S. 123; Sintenis C.F.F. Handbuch des gemeinen Pfandrechts / Schwetschke. Halle. 1836. S. 195; Esmarch K. Romische Rechtsgeschichte / Kassel G.H.W, 1888. S. 150; Kruger P. Kritische Versuche im Gebiete des romischen Rechts / Weidmannsche Buchhandlung. Berlin. 1870. S. 58; Dernburg H. Op. cit. S. 8, 10; Bachofen J.J. Romisches Pfandrecht / Nachdr. der Ausg. Basel, Schweighauser, 1847. S. 2; Schulin F. Lehrbuch der Geschichte des romischen Rechts / F. Enke. Stuttgart, 1889. S. 425. Дигесты Юстиниана также требовали осуществления манципации (см.: 1. 1 § 4, l. 2 D. XXVII, 9). Хотя в Триптихоне (Triptychon) говорится об emit ob sestertios, что означает свободную форму передачи права собственности без манципации. Вместе с тем Гайб строго разграничивал обязательственную сделку (пакт фидуции) и вещную передачу права собственности (манципацию), в связи с чем манципация, по Гайбу, является возможным, но не необходимым следствием из пакта фидуции (см.: Geib O. Actio fiduciae und Realvertrag // Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 1887. Band 8. S. 126).

<2> См.: Rein W. Privatrecht und Civilprozess der Romer / Friedrich Fleischer. Leipzig, 1858. S. 345; Muther Th. Sequestration und Arrest im romischen Recht / Buch & Consult Ulrich Keip. Berlin, 1856. S. 377; Bekker E.I. Die Aktionen des romischen Recht / Verlag von Franz Vahlen. Berlin, 1871. Band I. S. 36; Geib O. Op. cit. S. 115; Lenel O. Quellenforschungen in den Edictcommentaren. Op. cit. S. 110; Puchta G.F. Op. cit. S. 349. Согласно Юлиану фидуциарный собственник мог быть rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat (l. 18 D. de prec. 43, 26). П. Эртманн также считал, что фидуциарная манципация (mancipatio fiduciaria) не обуславливает обязательную передачу владения фидуциару (l. 15 D. de novat. XLVI, 2). О. Ленель обосновывал то, что владение передавать не обязательно, через доказывание интерполяции в фрагменте l. 36 D. de acqu. v. o. poss. XLI, 2. Необязательная передача владения при фидуции может быть объяснена еще и особенностью предмета фидуции, так как в обеспечение своего долга в IV в. должник иногда должен был передать право на самое ценное, что у него есть, а именно семью (жену и подвластных детей) (с. 3 Cod. Theod. 5, 1). В этом случае передавать владение над женой и детьми своему кредитору было по меньшей мере неэтичным. Запрет на включение детей семейства в предмет фидуции был установлен только в императорский период (Paul., rec. sent. V. 1. § 1).

Однако более убедительной аргументацией является позиция А. Шойрля, согласно которому традиция неприменима к фидуции, так как в основе традиции должна лежать iusta causa в качестве animus dominii transferendi, которая при формальном акте переноса права собственности в случае фидуции как раз и не учитывается. Намерение сторон (Absicht) иррелевантно для абстрактной сделки, а использование традиции с лежащей в ее основе каузой привело бы не к переходу права собственности, а к залогоу (при фидуции с кредитором) или иному договору (при "фидуции с другом"). Хотя против такой аргументации выступил О. Ленель (на основании фрагмента 1. 31 D. XLI, 1) в связи с тем, что в традиции каузу создают сами фактические обстоятельства (как aliqua iusta causa praecessirit), а не намерение сторон. Кроме того, традиция в римском частном праве не воспринималась как сделка, что исключает влияние намерения сторон на юридический результат <1>. Абстрактность манципации означает также и то, что при наступлении условия, оговоренного в пакте фидуции, право собственности не возвращается

автоматически фидуцианту, в связи с чем было необходимо реманципировать предмет фидуции или предъявить *actio fiduciae*. Это обстоятельство станет камнем преткновения в споре романистов и германистов XIX в., так как право управляющего было признано ограниченным целью (позиция А. Шульце) <2>, достижение которой влекло автоматический возврат права собственности **учредителю управления**.

<1> "Traditio fiduciae causa повлекла бы за собой разрыв единства материи и формы. Она представляла бы собой бестелесное приведение без тела и крови" ("Einer traditio fiduciae causa wurde also alle Einheit formell wie materiell fehlen; sie ware ein gespenstiges Schemen ohne Fleisch und Bern"). См.: Oertmann P. Op. cit. S. 83.

<2> См.: Schultze A. Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentenvollstreckung / Breslau. Verlag vom Wilhelm Koebner (Inhaber: M. & H. Marcus). 1895. S. 209 - 212.

Господствующее мнение о необходимости манципации предмета фидуции влечет за собой вывод, от которого впоследствии откажется франкское, лангобардское, магдебургское, баварское, эрфуртское и ганзейское право (см. далее подход германистов): фидуциар получает ничем не ограниченное право собственности на предмет фидуции, как если бы он приобрел его на основании купли-продажи. Обеспечительная или иная цель не имеет никакого значения для правоотношения фидуцианта и фидуциара. О. Ленель, Ф.К. Конради и Ф. де Бассевитц считают, что Павел (интерполяция на Ульпиана) во фрагменте I. 45 D. L. 17 de reg. iur провел аналогию фидуции с куплей-продажей <1>. Помимо этого, источники указывают на то, что в основе фидуции лежит *coemptio fiduciae causa*, а следовательно, фидуциар получал право собственности на основании купли-продажи. Позднее схоласты Готофред (Gothofredus) и Томазий (Thomasius) оспорят статус фидуциара как собственника предмета фидуции, сказав, что предмет фидуции продолжает оставаться у фидуцианта *in bonis*, а фидуциар получает право *non proprie* (*dominium improprie dictum plane dominium non esse*), а это, в свою очередь, даст основание Г.Ф.Э. Хушке и А. Шойрль сделать вывод, что предмет фидуции не выбывал из имущества должника, оставался у него *in bonis*, а кредитор получал эвентуальное право продать предмет фидуции (*eventuelles Verkaufsrecht*) <2>.

<1> См.: Lenel O. Edictum perpetuum. Op. cit. S. 232; Lenel O. Quellenforschungen in den Edictcommentaren. Op. cit. S. 113; Oertmann P. Op. cit. S. 24.

<2> См.: Oertmann P. Op. cit. S. 163; Buschke. Op. cit. S. 229; Scheurl Ch.G.A. von. Beitrage zur Bearbeitung des romischen Rechts / Verlag von Andreas Deichert. Erlangen. 1854. Band II. S. 57.

Наделение фидуциара статусом собственника порождает проблему квалификации связи фидуцианта с предметом фидуции. В связи с тем что фидуциант передает свое право собственности фидуциару, а формальный абстрактный акт манципации не предполагает каких-либо ограничений и оговорок, предусмотренных пактом фидуции, фидуциант должен полностью утратить какую-либо связь с предметом фидуции. Тем не менее этого не происходило. Наличие некой неопределенной связи фидуцианта с предметом фидуции подтверждает Гай, когда говорит, что фидуциант может завладеть предметом фидуции до осуществления условия, что не будет считаться кражей (*sine furto suo nomine possidere*; Gai II.59, а также D. 3.1.201). Помимо этого, А. Шойрль считал, что *ipso iure* фидуциант не лишен права защищать предмет фидуции в спорах с третьими лицами; он наделен такими же исками, как собственник (т.е. фидуциар). Ответчику, ссылающемуся на отсутствие у фидуцианта материального права, могла быть противопоставлена *exceptio doli* <1>. Несамостоятельность статуса фидуциара подтверждается также и тем, что фидуциар несет ответственность перед фидуциантом за виновное ухудшение, виновную утрату,

неразрешенное отчуждение или обременение предмета фидуции (si res male tractavit vel servos debilitavit; Fragm. Vatic. § 18, а также I. 24 § 3 D. XIII, 7).

<1> См.: Scheurl Ch.G.A. von. Zur civilistischen Literatur // Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Literarisch-artistische Anstalt der J.G. Cotta'schen Buchhandlung. München, 1860. Band II. S. 419.

И тем не менее, несмотря на наличие какой-то неопределенной интуитивной связи фидуцианта с предметом фидуции, фидуциант не может окончательно распорядиться своим неопределенным правом, например, продав его фидуциару. Источники не допускают окончательную продажу предмета фидуции фидуциантом фидуциару, так как фидуциант уже не имеет права собственности, а фидуциару право собственности уже передано в результате манципации (debitor creditori fiduciam vendere non potest; Paulus, sent. II, 13, 3).

Также нельзя сообщить никаких достоверных сведений об иске из фидуции (actio fiduciae = indicium fiduciae): являлся ли он in ius или in factum; направлен ли он на dare или facere; являлся ли прототипом иска bonae fidei, был самостоятельным непоименованным в Законе XII таблиц иском (что, по выражению Р. Иеринга и Х. Дегенкольба, было юридической чудовищностью - juristische Monstrosität) или приравнялся к иску из nexum <1>. И почему иск из фидуции предоставлялся в случае нарушения договора хранения, хотя договор хранения не содержал fidi fiduciae causa, а согласно источникам был ex causa depositi? Лексический анализ формулы Цицерона (ut inter bonos bene agere oportet et sine fraude tione) может однозначно сказать, что обязанность передачи вещи возникала по гражданскому праву (oportere), хотя иск из фидуции рассматривал муниципальный магистрат <2> (Cicero, de off. III, 17 (70), de nat. deor. III, 30(74), pro Roscio Com. VI, 16). Кроме того, источники (Ulp. fr. 36 de peculio (15.1)) говорят не об actio fiduciae, а об actio pigneraticia, что, согласно О. Ленелю, является интерполяцией (должен быть actio propter paenitentiam) ввиду частой замены фидуции на пигнус <3>. Если бы не найденная в Испании tabula Baetica (с отрывочным содержанием), то сам факт существования иска из фидуции мог быть поставлен под сомнение <4>. В связи с этим достоверно можно сказать лишь то, что такой иск существовал в какое-то неопределенное время, но дать ему какую-либо характеристику невозможно.

<1> Исходя из формулы ut inter bonos bene agere oportet et sine fraude tione П. Эртманн доказывал, что иск из фидуции - это иск in ius, хотя изначально (во времена Закона XII таблиц) это был иск in factum. Айзеле считал, наоборот, что по общему правилу иск из фидуции in factum, но при оспаривании самого соглашения иск становится in ius. О. Ленель считал, что древнее римское право предоставляло иск in factum, а О. Гайб полностью отрицал природу иска из фидуции как in factum, объясняя это ошибочным объединением обязательственного эффекта пакта фидуции и вещного эффекта манципации. Из Институций Гая можно вывести природу иска из фидуции как in ius, так и in factum. Исходя из tabula Heracleensis и fragmentum Atestinum П. Эртманн считал, что action fiduciae, action bonae fidei и action anfamia есть одно и то же. Р. Зом также отказывался от определения иска из фидуции как in ius или in factum, объясняя его природу через bonae fidei. По Х. Дернбургу, в связи с тем, что Закон XII таблиц не знал иск bonae fidei, иск из фидуции является самой старой формой иска bonae fidei. Пытаясь разрешить спор о предмете иска из фидуции (dare или facere), О. Гайб, по сути своей, признает предмет иска и dare, и facere, так как иск был направлен на реманципацию. И хотя обратной манципации как формального акта не происходило, решение муниципального магистрата производило реманципирующий эффект, включающий в себя как certum (dare), так и incertum (facere). См.: Oertmann P. Op. cit. S. 98; Eisele F. Die materielle Grundlage der Exceptio: ein romischrechtliche Untersuchung / Weidmannsche Buchhandlung. Berlin, 1871. S. 17 - 34; Lenel O. Quellenforschungen in den Edictcommentaren. Op. cit. S. 112; Geib O. Op. cit. S. 112 - 155; Sohm R. Op. cit. S. 38; Demburg Heinrich. Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingebung von Verträgen // Heidelberger Kritische Zeitschrift. 1853. Band I. S. 443.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Римское частное право" (под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского) включен в информационный банк согласно публикации - Юристь, 2004.

<2> По общему правилу иск должен был рассматривать судья, а не магистрат. Магистрат не рассматривал сам дело, но мог ограничить усмотрение судьи указанием определенной суммы, выше которой судья не мог оценить иск (см.: Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М.: ИКД "Зерцало-М", 2008. С. 83). Однако источники говорят лишь о том, что иск рассматривал магистрат. Об участии в процессе судьи ничего не говорится.

<3> См.: Lenel O. Edictum perpetuum. Op. cit. S. 234.

<4> Карл Эсмарх утверждал, что римское частное право не наделяло фидуцианта вообще никаким иском, спор не мог быть рассмотрен в судебном порядке, а существовала лишь связанность добрыми нравами (*Treu und Glauben*) (см.: Esmarch K. Romische Rechtsgeschichte / Wigand. Gottingen, 1856. S. 38).

Таким образом, изучение римского института фидуции показывает, что достоверно известно лишь то, что такой институт существовал, что фидуциар становился полноценным собственником (хотя и *non proprie*), что фидуцианту предоставлялся неопределенный иск из фидуции (*actio fiduciae*), а также некоторые факты об этом институте (неправомерное возвращение фидуциантом вещи не считалось кражей; фидуциант мог приобрести обратно вещь по *usureceptio*; фидуциант не мог еще раз продать предмет фидуции фидуциару и др.). Однако даже самые простые вопросы, такие как сфера применения института, необходимость передачи владения, квалификация договора <1>, необходимость манципации, ее связь с передачей владения, исковые требования фидуцианта, вызывают споры среди романистов. Помимо этого, большое количество фрагментов либо являются обрывочными (например, *tabula Baetica*), либо умышленно подверглись интерполяции, либо вызывают сомнения в профессионализме их авторов ввиду очевидных грамматических ошибок (согласно Х. Дегенкольбу) <2>. В связи с чем можно сделать вывод о том, что рецепция института фидуции была крайне затруднительна, а большое количество интерполяций может говорить о чуждости и непонятности института фидуции средневековым юристам <3>.

<1> Среди романистов обсуждается даже вопрос о том, был ли договор фидуции пактом или контрактом. Несмотря на то что источники говорят о *pactum fiduciae* (иногда *pactum conventum*), Конради, К. Бухель, Крюгер, Уббелоэде считали, что договор фидуции все-таки необходимо отнести к реальным контрактам (см.: Conradi F.C. Scripta minora cum praefatione et singularum commentationum / In Libraria Antonia. Halis. 1823. Vol. II. S. 179 - 186; Buchel K. Dissertationis inauguralis historico-juridicae de fiducia, pignore et hypotheca commentatio prima de fiducia / Typis Kriegeri Academics. Marburgi, 1828. S. 3 - 5; Kruger P. Op. cit. S. 58; Ubbelohde A.Ph.W.G.H.F. Zur Geschichte der benannten Realkontrakte auf Ruckgabe derselben Spezies // Zeitschrift fur Rechtsgeschichte. 1870. Band XI. S. 56; Geib O. Op. cit. S. 146; Czyhlarz K.R. von. Lehrbuch der Institutionen des romischen Rechtes / F. Tempsky. Wien, 1908. S. 166). Беккер исходил из того, что фидуция являлась *pactum adiectum*, т.е. изначально судебная защита посредством иска не предоставлялась, а в более позднее время иск стал предоставляться. Объясняется это тем, что фидуция не подпадает под классификацию контрактов, описанную Гаем (см.: Bekker E.I. Op. cit. S. 290).

<2> См.: Degenkolb H. Ein pactum fiduciae // Zeitschrift fur Rechtsgeschichte. Bd. 9, 1870. S. 117 - 178.

<3> По мнению разных исследователей, институт фидуции подвергся интерполированию в части следующих фрагментов Дигест: 1. 22 D. XIII, 7; 1. 24 D. XIII, 7; 1. 45 D. L, 17; 1. 25 D. XXXI, 7; 1. 31 D. XLI, 1; 1. 12 D. XLVI, 2; 1. 26 D. L, 17; 1. 40 D. XII, 2; 1. 14 D. XVII, 1; 1. 30 D. XVII, 1; 1. 10 D. XVIII, 2; 1. 23 D. XIX, 1; 1. 7 D. XXI, 2; 1. 84 D. XXXV, 2; 1. 36 D. XLI, 1; 1. 36 D. 41, 2; 1. 16 D. XLIV, 7; 1. 18 D. XLIII, 26; 1. 15 D. XLVI, 2; 1. 32 D. XLVI, 3; 1. 6 D. XIII, 7; 1. 2 D. XVIII, 3; 1. 4 D. XX, 4; 1. 26 D. XLVI, 3; 1. 28 D. XII, 1; 1. 6 D. XLV, 3; 1. 32 D. XVI, 3; 1. 34 D. XIII, 7; 1. 80 D. XLVII, 2; 1. 9 § 2 D. XXXIII, 10; 1. 42 D. XXXIX, 6; 1. 51 § 1 D. XXIII, 3; 1. 8 D. XIII, 7; 1. 36 D. XLI, 2; 1. 16 D. XLIV, 7; 1. 31 D. XIII, 7; 1. 62 D. XLVII, 2; 1. 11 § 3 D. XX, 1; 1. 16 § 5 D. XX, 1; 1. 49 § 1 D. XIV, 3; 1. 29 D. X, 2; 1. 13 § 1 D. XVI, 3; 1. 14 § 16 D. XLVII, 2; 1. 7 § 3 D. X, 3; 1. 5 § 2 D. XIII, 6; 1. 9 § 2 D. XIII, 7; 1. 3 § 5 D. XIII, 6; 1. 12 § 2 D. XIII, 1; 1. 18 § 1 D. XXXIX, 5; 1. 4 § 1 D. XII, 1; 1. 36 D. XV, 1 и др.

Помимо этого, при разрешении вопроса о рецепции института фидуции необходимо учитывать, что в основе фидуции лежит самый простой механизм перенесения права собственности посредством купли-продажи, свойственный не только римскому частному праву, но и самым неразвитым правовым системам. Подавляющее число институтов гражданского права может быть объяснено через право собственности и механизм купли-продажи, так как право собственности основано на простом разграничении своего от чужого и является протоправом для науки гражданского права. Только так можно объяснить, что один институт фидуции использовался для оформления залога, хранения, займа, отработки долга, поручения, приобретения уцененного товара, секвестра, ссуды (дарения на время), дарения на случай смерти и ряда других сделок.

Вместе с тем римское частное право является одной из самых развитых правовых систем древнего мира и родиной многих институтов современного гражданского права, но также следует учитывать и то, что римское частное право само заимствовало многие институты из более древних цивилизаций: египетского, греческого и ассирийского (семитского) права <1>. С этим связана, в частности, попытка Т. Мутхера объяснить институт фидуции через институт ассирийского права - *arrha*.

<1> См.: Manigk A. *Grako-agyptisches Pfandreht // Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. Band 30. S. 272 - 328*; Partsch J. *Griehisches Bugrschaftsrecht, I. Teil: Das Recht des altgriechischen Gemeindestaats / Leipzig und Berlin, B.G. Teubner. 1909. S. 54*; Rafael Taubenschlag. *Die materna potestas im grako-agyptischen Recht // Zeitschrift der Savigny-Stiftung fur Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. Band 49. S. 115 - 128* и многие другие.

Говоря о рецепции института фидуции, с таким же успехом можно говорить о рецепции европейской наукой и российской наукой института договора купли-продажи, хотя простая форма экономического обмена путем отчуждения вещи (а иногда и права на вещь) характерна как для правовых систем, подпавших под влияние римского права, так и правовых систем других континентов. Договор купли-продажи представляет собой минимальный уровень развития экономики, не зависящий от влияния римского права. То, что перенос права собственности посредством пакта фидуции является самым простым и понятным механизмом для оформления самых различных гражданско-правовых отношений, подтверждается и тем, что появление фидуции иногда относят ко времени Закона XII таблиц <1>.

<1> Этой позиции придерживались П. Эртманн, Р. Зом, О. Ленель, Х. Дегенкольб, О. Гайб, Бахофен, Захариа, Пунтшарт, Бремер, которые пытались вывести пакт фидуции из Закона XII таблиц, тем самым относя иск из него к искам *in factum*, так как иск из фидуции в Законе XII таблиц не поименован фм.: Oertmann P. *Op. cit. S. 52 - 60*; Vachofen J.J. *Op. cit. S. 628*; Geib O. *Op. cit. S. 131*; Lenel O. *Quellenforschungen in den Edictcommentaren. S. 112*; Sohm R. *Op. cit. S. 36*; Degenkolb H. *Op.*

cit. S. 132; Puntschart V. Op. cit. S. 289; Bremer F.P. Das Pfandrecht und die Pfandobjekte: eine dogmatische Untersuchung auf Grundlage des gemeinen Rechts / Verlag von Tauchnitz. Leipzig, 1867. S. 3). Против отнесения пакта фидуции ко времени Закона XII таблиц выступил Х. Дербург, в связи с тем, что манципация за один сестерций (as) в древнем праве должна была неминуемо восприниматься как мнимая сделка, так как манципация воспринималась как продажа за наличные деньги (Kauf gegen Barzahlung), а номинальная плата в размере одного сестерция никак не могла быть воспринята в качестве наличных денег. Демелиус квалифицирует продажу за один сестерций как типичную мнимую сделку (см.: Demelius Jh. Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Theil. Erste Abtheilung // Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Literarisch-artistische Anstalt der J.G. Cotta'schen Buchhandlung. München, 1860. Band 10. S. 354). Древнее римское право характеризуется господством формы над материей, в связи с чем манципация, намеренно направленная на обход формы, должна быть отнесена к более позднему времени (см.: Dernburg H. Op. cit. S. 10; Leist B.W. Mancipation und Eigenthumstradition / Druck und Verlag von Friedrich Frommann. 1865. S. 159). Алан Ватсон утверждал, что *tabula Baetica* относится к архаическому периоду в связи с тем, что используется архаическая форма падежа (*fidi fiduciae*) (см.: Watson A. The origins of fiducia // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. Band 79. S. 333).

2.2. Национальное развитие института фидуциарной собственности государствами франков, лангобардов и бюргерским правом (подход германистов)

Развитие института фидуциарной собственности во франкском, лангобардском и бюргерском праве свидетельствует о том, что римский институт фидуции - во многом чуждый уже компиляторам, легистам и канонистам - не был рецептирован европейским правом. Это подтверждается и тем, что тексты законов и статуты не используют даже термин *fiducia*, либо говоря об *affatome*, *adfatimire*, *de acfatmire*, *Salmann*, либо не используя термин вообще (например, источники права Любека XIV - XV вв. и магдебургского права XV - XVI вв. говорят просто о гражданине города как фидуциарном собственнике), ограничиваясь указанием на то, что вещь передается гражданину *ad fideles*. Для обозначения управляющего также не использовался единый термин, и в разных источниках он именуется *salmanni*, *delegatores*, *mediatores*, *executores*, *conservatores*, а в случае дарения на случай смерти - *testamentarii*, *testatores*, *legatarii* <1>. Если римский институт фидуции был рецептирован, то почему не была заимствована единая терминология? Почему термины заменили хотя и латинизированными, но иными понятиями? И почему использовали национальный термин *salmanni* (по одной из версий, произошедший от *sala* - средневековый обряд по передаче права собственности, связанный с избиванием подростка, по другой - от *homines curiales* - должностное лицо муниципии)?

<1> Терминология приведена по *Codice diplomatico Landense I nr. 1 = Muratori. Antiquitates italicæ medii ævi III col. 555 sq. = Historiæ patriæ monumenta XIII nr. 19 = Troya. Codice diplomatico longobardo V nr. 736; Troya V nr. 976 = Memorie e documenti per servire all istoria del ducato di Lucca IV nr. 76; Historiæ patriæ monumenta XIII. Nr. 135; Regesto di Farfa IV nr. 880; Codex diplomaticus Cavensis V nr. 797. Данные документы включены в работу А. Шульце в качестве приложений (см.: Schultze A. Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentenvollstreckung / Breslau. Verlag vom Wilhelm Koenig (Inhaber: M. & H. Marcus). 1895. S. 215 - 228). Такая же терминология использована в работе Дурантиса и Бальди (см.: Durandi D.G., Baldi J.A. Speculum iuris. Pars Secundum / Venetiis. M D LXXXV. S. 707.), а также в Капитулах Карла Великого (см.: cap. 6 capitulare legibus additum Karls des Grossen [803]).*

Появление института фидуциарной собственности в средневековой Европе связано, как будет показано далее, с конкретными историческими причинами: отсутствием до XIII в. института непосредственного представительства (а доктринально понятие представительства было

разработано лишь в XIX в.), возрождением конструкции дарения на случай смерти (*donatio mortis causa*) и введением в нее отменительного условия, необходимостью обосновать отсутствие права римской католической церкви на дары во франкском и лангобардском праве, а также решениями городских советов по ограничению правоспособности отдельных категорий лиц (в первую очередь священников) на объекты недвижимости в пределах городских стен. Помимо этого, институт фидуциарной собственности являлся во многих случаях институтом не гражданского, а, скорее, конституционного права, так как был напрямую связан с гражданством городов. Тесная связь института фидуциарной собственности с каноническим правом, распределением церковной десятины и передачей имущества "во спасение души" напрямую повлияла на создание в XIX в. конструкции целевого имущества (*Zweckvermogen, Sondervermogen, patrimoine d'affectation*) <1>. Можно выделить как минимум три исторические причины национального происхождения института фидуциарной собственности в европейском праве.

<1> Конструкция целевого имущества в первую очередь разработана для института *Stiftung* (фонд), в основе которого во многих случаях лежит управление имуществом (*Stiftungstreuhand*), а также для института церковного имущества (*Kirchenvermogen*). Цель, по мнению А. Бринца, обладает внешним эффектом, что возводит имущество в ранг *res extra commercium*, в связи с тем, что церковное имущество и имущество фонда служат публичным целям (*res communes omnium*, но не *in patrimonio nostro*). На основании этого А. Бринц выводит следующую градацию имущественных режимов по степени отчуждаемости: *res extra commercium* - имущество фонда (*Stiftungsvermogen*) - полностью отчуждаемое целевое имущество (*vollauf verausserliches Zweckvermogen*). Существенными признаками режима целевого имущества являются цель и управление. Если речь не идет об управлении, то режим целевого имущества возникнуть не может. На основании признаков цели и управления режим целевого имущества возникает в случае церковного имущества (а также бенефиция), передачи имущества в фонд, возникновения наследственной массы (*hereditas jacens*), управления имуществом и фидуции. Управляющий становится опекуном имущества (*quasi tutores, adolescentium quasi curatores*) (подробнее о режиме целевого имущества см.: Brinz A. *Lehrbuch der Pandekten. Zweite veränderte Auflage.* Deichert, 1888. Bd. 3. Zweite Abtheilung. 1. Lieferung. S. 453 - 586; Bekker E.I. *System des heutigen Pandektenrechts.* Hermann Bohlau, 1886. Bd. 1. S. 141 - 153; Demelius H. *Ueber fingirte Personlichkeit // Jahrbucher fur die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Privatrechts.* 1861. Bd. IV. S. 113 - 158). Французские правоведы исходят из того, что право управляющего неидентично обычному праву собственности; управляющий обладает скорее "титულным правомочием" (*titulaire de pouvoirs*); в результате заключения соглашения о фидуции возникает особая форма собственности (по мнению автора законопроекта, сенатора Ф. Мартини, "собственность с обременением" [*propriete avec charge*]; такую форму собственности называют "мимолетной" [*ephemere*], "временной" [*temporaire*], "заездной" [*de passage*], "незавершенной" [*imparfaite*], "неестественной" [*affectee*], "уменьшенной" [*amoindrie*], "вещной обязанностью" [*proprietaire oblige*], "собственностью под контролем" [*propriete asservie*], "собственностью с оговоркой" [*propriete derogatoire*]). В результате расщепления юридической и экономической собственности фидуциарная собственность стала представлять собой пароксизм права собственности и крайнюю степень инструментальной собственности. Причиной этого стало признание категории обособленного имущества (*patrimoine d'affectation*), что привело к расщеплению имущественной сферы субъекта права. Проще говоря, один субъект права (фидуциар) стал обладать на праве собственности "своим", а также "своим, но обособленным имуществом", что полностью разрушило классическую концепцию права собственности Обри и Руа, выдвинувших три принципа института собственности (*patrimoine*): каждое лицо обладает собственностью; любая собственность относится к кому-то; одно лицо обладает лишь одной имущественной сферой. В отличие от обычного права собственности право фидуциарной собственности является временным - *que la propriete fiduciaire, n'a rien de perpetuelle* (в результате появился дуализм вечного и временного права собственности; максимальный срок действия соглашения о фидуции - 99 лет) и не обладает признаком эксклюзивности (подробнее о конструкции *patrimoine*

d'affectation см.: Ravenne S. Les proprietes imparfaites, contribution a la theorie de la structure du droit de propriete, th. Paris-Dauphine, 2007. No 142; Bouteille M. Les proprietes conditionnelles, pref. F. Perochon, PU Aix-Marseille, 2008. No 795; Balivet B. Les techniques de gestion des biens d'autrui, th. Lyon 3, 2004 (a paraître aux ed. Defrenois). No 230 s.; Kuhn C. La mission du fiduciaire, Droit et Patrimoine, Juin 2008. P. 52; Larroumet C. La loi du 19 fevrier 2007 sur la fiducie. Propos critiques, in dossier "La fiducie". D. 2007. P. 1350; Grimaldi M. La fiducie: reflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre, Defr. 1991. P. 897, No 7s.; Kaczmarek L. Propriete fiduciaire et droits des intervenants a l'operation, D., 2009. P. 1845, spdc. No 13; Marini P. Enfin la fiducie a la francaise, D., 2007. P. 1347).

1. Необходимость резервирования вещи (не имущества и не права на вещь) у посредника в отношении традента и реципиента.

Прежде всего необходимо отметить две особенности средневекового права: 1) в результате совершения сделки, направленной на отчуждение, традент передавал реципиенту не право, а вещь. Абстрактный уровень передачи права был разработан намного позднее, а само понятие "право собственности" разработано лишь в XIX в.; 2) раннее средневековое право не знало институт материального (не процессуального) непосредственного представительства в связи с тем, что древнее германское право не признавало возможность непосредственного возникновения прав у одного лица в результате действий другого лица (для представления интересов в частной сделке нужно было получить королевскую привилегию) <1>. Только римская католическая церковь была представителем Бога на земле, и только священники были представителями святых своих церквей, в связи с чем традиция в пользу церкви совершалась с преклонением колена перед алтарем (*traditio cartae*), так как имущество передавалось не церкви, а святым.

<1> См.: Christiani Th. Die Treuhand der frankischen Zeit // Inaugural-Dissertation. Schelische Druckerei-Genossenschaft, e. G. m. n. H., Breslau I. Breslau, 1904. S. 21; Brunner H. Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts // Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts (Hrsg. Endemann). Stuttgart, 1894. S. 519; Sohm R. Zur Geschichte der Auflassung // Festgabe der Universitat Strassburg ffir Thol. StraBburg, 1879. S. 88.

Исходя из этих двух особенностей вполне понятным становится то, что передача была тесным образом связана с вещью (необходимо было встать в центр земельного участка или дома с мечом в руках; передать камень, ветку, нож, прут, соломинку или позднее перчатку лицом к лицу (*coram*) от традента к реципиенту), что делает невыполнимым для средневекового права (до XV в.) передачу имущества лицу, которое по каким-то причинам было при отсутствии или не смогло явиться на передачу (*id est sive in exercitu sive in palatio sive in alio quolibet loco*). В связи с этим возникла жизненная необходимость участия в правоотношении традента и реципиента какого-то третьего лица, а именно фидуциарного собственника (*res suas pro salute animae*), так как передача вещи часто происходила в преддверии смерти традента <1>.

<1> См.: Cap. 6 capitulare legibus additum Karls des Grossen (803). Из текста следует, что вещь переходит в собственность только при соблюдении двух условий: традиции и инвеституры (*et coram eis rerum traditionem faciat et fideiussores investiturae donet, ei qui illam traditionem accipit vestituram faciat*). Причем из текста видно, что никто больше не может повторить традицию, так как передача является публичной (*et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem*). А чтобы наследники не могли при удобном случае захватить участок, на нем нужно укрепиться, что впоследствии станет обязательным требованием в виде *sessio tridua* (управляющий должен был пробыть на земельном участке три дня и три ночи) (*ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat*

illam perficiendi). Кроме того, фрагмент интересен еще и тем, что говорит о передаче самой вещи, а не ее символа, что впоследствии даст основание Хуберу сделать вывод о том, что фидуциарная собственность не относилась к Gewere управляющего, а значит, фидуциарный собственник не обладал полноценным правом собственности в отношении вещи (см.: Huber E. Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrechte / Verlag von Schmid, Francke & Co. Bern, 1894. S. 20).

Помимо того, что реципиент мог находиться за пределами графства, источники содержат указания еще на три случая, когда был необходим фидуциарный собственник. Во-первых, если два лица (inter duas genealogias) вели спор в отношении границ земельного участка, то их спор разрешался поединком, на котором собственник земельного участка мог умереть, так и не передав победителю владение над вещью. В таком случае собственник, истец и представитель народа (как правило, граф - Volksgenosse) обходили спорный земельный участок, истец устанавливал знак, по его мнению, правильной границы, участники вставляли в центр земельного участка, а потом собственник передавал из рук в руки ветвь дерева, растущего на спорном земельном участке, графу. Граф обматывал камень платком и скреплял его своей печатью. Дальше происходил поединок, определявший судьбу земельного участка. В этом случае граф выступал в роли фидуциарного собственника <1>.

<1> "[...] и землевладельцы, которые спорят, должны землю в обладание графа передать и его руке доверять" (см.: cap. 81 Lex Alamanorum Recensio Lantfridana [712 - 730]) // Eckhardt K.A. Die Gesetze des Merowingerreiches 481 - 741 / Bohlau Nf., Weimar, 1935. Teil 1. S. 65 (перевод с латыни на немецкий выполнил Karl August Eckhardt). Необходимо полагать, что закон имеет в виду передачу не земли, а ее символа (в случае данного фрагмента - ветки дерева), так как до этого подробно описывает ритуал передачи по объезду земельного участка и срыванию ветки с определенного дерева. В противном случае становится непонятным, что спорящие стороны делали с ветвью, которую с таким почтением описывает закон.

Во-вторых, фигура фидуциарного собственника была необходима в том случае, если два лица решили обменяться земельными участками, что требовало осуществления двух традиций на двух разных земельных участках (возможно, в разных концах графства). Очевидно, что после совершения первой традиции возникал риск того, что лицо, на определенный момент ставшее собственником двух земельных участков, просто откажется совершать вторую традицию. Во избежание этого земельный участок по первой и второй традиции передавался графу, который впоследствии уже сам осуществлял две разные традиции в пользу двух разных реципиентов <1>.

<1> "[...] quod quidam fidelis et familiaris noster homo diues ac nobilis Otgarius nomine tradidit in manus nostras uillam unam proprietatis sue Uuegefurte nuncupatam rogans ae postulans ut eandem proprietatem sancto Bonifacio [...]" // Codex diplomaticus fuldensis. Op. cit. S. 310.

В-третьих, институт фидуциарной собственности использовали для передачи имущества по наследству, если наследник по каким-то причинам не мог явиться для совершения традиции. Указание на это содержит титул 46 Салической правды (Lex Salica), согласно которому наследодатель одаряет фидуциарного собственника для того, чтобы последний передал имущество наследнику <1>. В связи с этим еще одним основанием для отрицания рецепции римского права является использование в раннем средневековом праве института дарения на случай смерти (donatio mortis causa), который в римском праве на основании leges Furia и Voconia (а потом Latini Iuniani) был запрещен (запрет legatorum mortis causa capere) <2>.

<1> Ограничимся лишь ссылкой на сам факт использования института фидуциарной

собственности в Салической правде, так как текст закона, начиная с названия самого института (разные списки закона используют 14 разных обозначений института), так и материальное содержание закона (совершалась ли передача вместе с наложением обязанности по опекунству или нет; могла ли вообще использоваться форма *convenit observare* в то время, если ее уже нигде не использовали) остаются неустановленными ввиду высокого риска внесения интерполяций в текст. Подробнее см.: Schmidt R. *Die Affatomie der Lex Salica* / Theodor Ackermann. Königlicher Hof-Buchhandler. München, 1891. S. 2; а также см.: Geffcken H. *Lex Salica zur akademischen Gebrauche* / Verlag von Veit & Comp. Leipzig, 1898. S. 178 - 184.

<2> См.: Kaser M. *Op. cit.* S. 763 - 765. Впоследствии институт дарения на случай смерти будет использоваться французским кутюмным правом, а запрещен он будет лишь в начале XVIII в. на основании Ордонанса 1731 г. (составитель - канцлер Дагессо). В качестве обоснования запрета дарения на случай смерти канцлер Дагессо сослался на то, что завещание менее смущает больных, нежели договор на случай смерти. Подробнее см.: Винавер М.М. *Дарение и завещание* // Винавер М.М. *Из области цивилистики*. СПб.: Тип. А.Г. Розена, 1908. С. 97 - 131.

Таким образом, фидуциарный собственник в трех случаях был необходимым как временный (*et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit*) посредник между прежним собственником и будущим собственником земельного участка. В настоящее время эта проблема в российском праве разрешается с помощью других институтов (института непосредственного представительства, секвестра, консенсуальных сделок) без какого-либо создания искусственного права собственности. В связи с чем рецепция российским правом института фидуциарной собственности в этой части бессмысленна.

2. Необходимость юридического обоснования (ограничения) права римской католической церкви на передаваемые ей дары прихожанами.

После смерти короля Ротари (606 - 652), допустившего использование института дарения на случай смерти (*thinx*) в капитулах 168 - 174 своего эдикта, к власти в результате кровопролитной войны пришел король Лиутпранд (690 - 744). За время войны количество подношений в пользу римской католической церкви резко возросло, что поставило перед новым королем вопрос о квалификации права церкви в отношении подносимых даров "во спасение души" (*zum Heile seiner Seele, donatio pro sacerdotibus et pauperibus*). Проблема заключалась в том, что имущество передавалось с целью прославления души покойного (*pro salute animae*) <1>, чтобы церковь раздала сразу или ежегодно по частям имущество бедным. Тот же вопрос был поднят и в отношении церковной десятины (взимаемая церковная десятина делилась на четыре части: четверть - епископу, четверть - священникам церкви, которая собрала десятину, четверть - беднякам и четверть - местным церковным ремесленникам - *fabrica ecclesiae*) <2>. В связи с тем что имущество передавалось хотя и в пользу церкви, но предназначалось беднякам, церковь была лишь временным собственником, а ее право было ограничено целью. Если епископ ненадлежащим образом исполнял обязанности фидуциарного собственника, то наследники дарителя могли истребовать имущество (*Revokationsrecht*) и тем самым прекратить право фидуциарной собственности <3>.

<1> "Non incognitum fieri omnibus fidelibus nostris desideramus quod nos quatuor germani Receo uidelicet Uuerinfrid Habolt et Huomo aequo animo perique consilio communi manu tradimus tibi Ruotgere in fidei tuae manum quicquid proprietatis uisi sumus habere iu pago Grapfelde in uilla quae dicitur Uualdbaringi ut ad monasterium sancti saluatoris [...]" // *Codex diplomaticus fuldensis* / Ernst Friedrich Johann Dronke. Cassel. Druck und Verlag von Theodor Fischer. 1850. S. 277. Сначала публично объявлялось о намерении отдать имущество церкви, а потом передача происходила в монастыре (*traditionis cartula in monasterio*). Важно то, что имущество передается *in fidei [...]* manum с конкретной целью *ad monasterium sancti saluatoris*. То же самое мы можем увидеть в другом источнике (фрагмент N 675 *Codex diplomaticus fuldensis*): имущество передается под залог

(sub pignore) в доверенные руки пастора Фульдензиса (in manum fidelem) для прославления (ad sanctum audierut) (см.: Codex diplomaticus fuldensis / Ernst Friedrich Johann Dronke. Cassel. Druck und Verlag von Theodor Fischer. 1850. S. 313). А сам фидуциарный собственник был связан фидуциарным торжественным обещанием (fides sponsionis [...] pro remedio animae ipsius) (см.: Codex diplomaticus fuldensis. Op. cit. S. 228).

<2> См.: Statuta Rhispaceis Frisingensia Salisburgensia 799 - 800 гг.; Concilium Triburiense 5.V.895; Historiae Frisingensis. Tomus I / Ap. Carolo Meichelbeck. 1724. S. 98, 154 (цит. по: Christiani Th. Op. cit. S. 15 [по результатам анализа указанных фрагментов из сб. Майхельбека сноски не подтверждена]).

<3> См.: Фрагмент N 257 Codex Laureshamensis (si vero reverterer, resignaret mihi traditionem meam). Однако в случае нарушения фидуциарным собственником цели имущество не возвращается дарителю или его наследникам автоматически: они лишь могут предъявить требование об обратной передаче, а для передачи необходимо заново совершить традицию (ad manus eius non reddatur). См.: Фрагмент N 532 Codex Laureshamensis). Хотя позиция А. Шульце, согласно которой возможность наследников истребовать имущество от покупателя в зависимости от того, знали ли они о нарушении фидуциарным собственником цели, относится, скорее, к доктрине XIX в., а не к периоду "дообщего права" (до 1500 г.), так как источники не содержат указание на необходимость знания покупателя о нарушении цели и спор ведется о добросовестности контрагента, хотя институт добросовестности в тот период времени еще не существовал. Это же подтверждает и мнение Хойслера и Хубера о невозможности истребования имущества у приобретателя в случае нецелевого распоряжения (см.: Heusler As. Institutionen des deutschen Privatrechts / Verlag von Duncker & Humboldt. Leipzig, 1885. Band I. S. 284; Band II. S. 4; Huber E. Op. cit. S. 10 - 62).

Церковь выступала лишь посредником (Mittelperson) между покойным (дарителем) и конечным бенефициаром, в связи с чем если церковь и обладала правом собственности на дары, то право было строго целевым. Целевой характер права собственности церкви на дары при передаче имущества "во спасение души" находит множество подтверждений как в нормативных актах того времени, так и в ненормативных источниках епископатов (в частности, епископата Фризингензис). Первое же упоминание о передаче имущества "во спасение души" относится к 743 г. н.э. <1> Передача имущества в фидуциарную собственность "во спасение души" было возможно двумя способами: напрямую передать епископу имущество ad fideles manum или же, как это было в 743 г., сначала передать имущество герцогу с условием ad fideles manum, а герцог при этом обещал передать получаемое имущество церкви все также с условием ad fideles manum, т.е. фидуциарный собственник обязывался передать имущество фидуциарному собственнику.

<1> См.: Schultze A. Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentenvollstreckung / Breslau. Verlag vom Wilhelm Koenig (Inhaber: M. & H. Marcus). 1895. S. 40. Бездетный Шультхайсс Сарраценус передал имущество герцогу в фидуциарную собственность с оговоркой о своем пожизненном проживании, поручив при этом герцогу (secundum voluntatem) передать имущество церкви "во спасение души" дарителя.

Источники также содержат сведения об обязанностях фидуциарного собственника, а именно об обязанности отобрать имущество у наследников дарителя, предъявлять иски и выступать ответчиком в спорах в отношении предмета фидуциарной собственности, оберегать имущество, взыскивать долг по правам требования дарителя с его должников, распоряжаться имуществом "во спасение души" дарителя (например, регулярно платить по 18 tari (1 Goldsolidus = 4 tari) за поминовение души покойного) <1>. Фидуциарный собственник мог пользоваться двором покойного, хотя в момент совершения дарения делалась оговорка о сохранении за дарителем или членами его семьи права пользоваться имуществом до конца их жизни <2>.

<1> См.: Schultze A. Op. cit. S. 50 - 51 ("Obligatio ipsa heredes meas, ut si aliquid de omnia, quod superius iudicabi et disposuit, aliquot exinde removere aut contrare quesierunt et, sicut dictum est, non adimpleberint, ad componendum saint obligati ipsa eredes meas componere ipsorum distributors meis [...] 20 auri solidi constantini...").

<2> См.: Schultze A. Op. Cit. S. 8 (donatio reservato usufructu или donatio post obitum). Неверным является квалификация дарения с оговоркой о сохранении за собой права пользования имуществом в качестве сделки под суспензивным условием, так как, во-первых, смерть дарителя неизбежна и является сроком, а во-вторых, право фидуциарной собственности возникало в момент совершения традиции, а значит, материально-правовой результат сделки не зависел от условия. В связи с чем можно сделать вывод об отсроченном исполнении обязанности фидуциарного собственника по дальнейшему распоряжению имуществом (после смерти дарителя) и ограничении его права собственности вещным правом дарителя владеть и пользоваться имуществом (Niessbrauch).

Из работ Дронди (в германоязычной транслитерации - Дурантис) и Бальди можно установить, что имущество могло быть передано нескольким фидуциарным собственникам. Церковь же обладала надзорными полномочиями по отношению к управляющим и могла отстранить управляющего за ненадлежащее исполнение своих обязанностей. Кроме того, в случае смерти одного из управляющих епископ мог сам занять место фидуциарного собственника и исполнять его обязанности <1>.

<1> См.: Durandi D.G., Baldi J.A. Speculum iuris. Pars Secundum / Venetiis. M D LXXXV. S. 707. Книга в четырех томах предоставлена автору библиотекой Гумбольдт-университета г. Берлин. Согласно пизанским статутам управляющие находились in solidum agree et respondere, что дало основание Петрусу де Унцола (Petrus de Unzola) вывести из этого принцип солидарности фидуциарных собственников (см.: Schultze A. Op. cit. S. 204).

Однако на основании источников можно сказать, что фидуциарное право собственности не воспринималось как полноценное господство фидуциарного собственника над вещью (обычное право собственности), так как совершается усеченная передача (traditio brevis receptorii), в связи с чем фидуциарный собственник получает усеченное право <1>.

<1> См.: Forma 14 Cartularium Langobardicum (первая половина 11 в.), а также см.: Н. Р. М. XIII 135 (839), 135 (839), 233 (864), 268 (876), 496 (922), 816 (983), 868 (992), 870 (992) (breve receptorum, breve paratorium).

Таким образом, институт фидуциарной собственности начиная с VIII в. использовался для обоснования права римской католической церкви на получаемые ею дары в результате совершения дарения на случай смерти. Право собственности было временным и строго целевым. Нецелевое распоряжение имуществом влекло возникновение у наследников дарителя право истребовать имущество или взыскать убытки. Проблема обоснования права религиозных организаций на получаемые ими подношения также не стоит в российском гражданском праве, так как религиозные организации являются самостоятельными юридическими лицами, отделены от государства и не связаны целью дарения (отсутствуют правила распределения церковной десятины).

3. Использование института фидуциарной собственности в качестве института публичного права в целях обхода ограничения правоспособности отдельных категорий лиц в бюргерском

праве XIII - XVI вв.

Если намерение лангобардских королей по обоснованию права церкви на получаемые дары от прихожан можно трактовать как поддержку римской католической церкви, то период XIII - XV вв. ("дообщее право") был ознаменован, наоборот, борьбой бюргерского права с властью римской католической церкви. Любым священникам и представителям духовенства было запрещено иметь земельные участки по праву собственности в пределах городских стен <1>. Такой же запрет действовал в отношении евреев, чужестранцев, служилых (дворовых) людей, всадников и женщин <2>.

<1> В частности, по указу графа Адольфа II в 1143 г. территория ганзейского города Любек была разделена на две территории: в пределах городских стен (приобретение права собственности на земельные участки духовенством было исключено) и за пределами городских стен (право собственности духовенства на земельные участки допускалось). С 1247 г. строительство новых зданий было запрещено вовсе.

<2> См.: Kober A. Das Salmannenrecht und die Juden / Carl Winter's Universitätsbuchhandlung. Heidelberg, 1907. S. 151 - 179; а также см.: Beyerle K. Grundeigentumsverhältnisse und Bürgerrecht im mittelalterlichen Konstanz / C. Winter. Heidelberg, 1900. Band I. S. 32.

Запрет приобретения права собственности на земельные участки и в некоторых городах на здания как объект права собственности был обусловлен тесной связью института права собственности с возникновением у собственника гражданства: собственник земельного участка становился гражданином города и находился под защитой городского войска, имел избирательные права и мог быть членом городского совета <1>. Городской суд мог доверять исключительно гражданам города - другие лица считались неблагонадежными и не могли выступать в суде как свидетели. Вместе с тем только граждане несли городские повинности в виде уплаты налога.

<1> См.: Hach J.F. Das alte Lubische Recht / von Rohdensche Buchhandlung. Lubeck, 1839. Band II. S. 180. Гражданство также получало лицо, прожившее в городе более трех месяцев, однако для этого необходимо было зарегистрироваться в специальном реестре. См.: Codex Diplomaticus Lubecensis. Urkundenbuch der Stadt Lubeck. Erster Theil / Friedr. Asschenfeldt. Lubeck. 1843. S. 5.

Представители духовенства, евреи, служилые люди, всадники и женщины могли пользоваться городской землей (внутри городских стен), но приобретать право собственности они могли исключительно через фидуциарного собственника (как правило, члена городского совета), т.е. учредитель фидуциарной собственности получал земельный участок по наследству или заключал обязательственную сделку с третьим лицом о приобретении земельного участка, но в городских книгах (Oberstadtbook и Niederstadtbook) в качестве собственника значился гражданин города (фидуциарный собственник) <1>. Только фидуциарный собственник мог совершить сделки по отчуждению или обременению земельного участка <2>. Именно с фидуциарного собственника взыскивался городской налог. И только фидуциарный собственник выступал в суде как истец или ответчик в спорах, связанных с земельным участком (был vorantworten) <3>. В глазах городского совета (но не городского суда) учредитель фидуциарной собственности не обладал никаким правом в отношении земельного участка, а фидуциарный собственник был истинным собственником земельного участка, признаваемым бюргерским правом.

<1> Как правило, запись вносилась только в Niederstadtbook, хотя несколько записей о

передаче имущества в фидуциарную собственность можно найти и в Oberstadtbuch (см.: Rehme P. Das Lubecker Oberstadtbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsquellen und des Liegenschaftsrechtes / Helwingsche Verlagsbuchhandlung. Hannover, 1895. S. 202). Передача (традиция) недвижимого имущества (*immobilia id est torfachteigen confere ecclesiis*) в пределах городской стены в собственность священнослужителя наказывалась уплатой 10 серебряных марок и не порождала право собственности (см.: Loening O. Grunderwerb und Treuhand in Lubeck / Verlag von M. & H. Marcus. Breslau, 1907. S. 9). Передача была ничтожной (*so ne schal degift nicht stede bliuen*) (см.: Codex Kanzler Albert von Bardewich 1294 г.). Позднее передача имущества духовенству с целью перехода права собственности влекла конфискацию имущества (см.: Nach. Op. cit. II. S. 243).

<2> См.: Urkundenbuch der Stadt Lubeck. Funfter Teil. Op. cit. S. 597 ("*[...] sibi nichil in eis proprietatis vendicans, preterquam quod sibi ad manus fidas tantummodo sunt asscripti*"), а также см.: Urkundenbuch der Stadt Lubeck. Funfter Teil. Op. cit. S. 379 ("*[...] et sunt sibi solum ad manus eiusdem domus et conuentus ibi asscripte, u test in libro redditum dicte domus*"); а также см.: Urkundenbuch der Stadt Lubeck. Achter Teil. Op. cit. S. 705; Urkundenbuch der Stadt Lubeck. Zehnter Teil. Op. cit. S. 589.

<3> "*[...] recht doen, schoten, waken vnde vthmaken*" (см.: Loening O. Op. cit. S. 59).

Изначально (упоминание относится к 1266 г.) функции фидуциарного собственника выполнял город, т.е. при отчуждении земельного участка нужно было продать его городу, а город уже продавал имущество указанному третьему лицу <1>. Фигура фидуциарного собственника в Любеке появляется намного позднее (запись от 21 сентября 1315 г.) <2>. Ограниченных в правоспособности лиц ни в каком случае не должно быть в городских книгах.

<1> "*Adjectum est preterea, vt si aliquot tempore hanc hereditatem nobis verndere placuerit, eam vendere debemus ipsi ciuitati pro tanta pecunia, quantum ualet hereditas memorata*" (см.: Urkundenbuch der Stadt Lubeck. Erster Teil. S. 271). Причем во фрагменте не содержится указание на то, что право города ограничено какой-либо целью. Город выступает лишь как посредник: сначала передают имущество "нам", а "мы" передаем его наследникам. То же самое происходило при продаже имущества в 1270 г. (см.: Urkundenbuch der Stadt Lubeck. Erster Teil. Op. cit. S. 307). Подробнее см.: Loening O. Op. cit. S. 18 - 19.

<2> См.: Urkundenbuch der Stadt Lubeck. Erster Teil. Op. cit. S. 279.

Спорным является вопрос о том, мог ли фидуциарный собственник распорядиться имуществом лишь по своему усмотрению или учредитель фидуциарной собственности и фидуциарный собственник должны были совместно выразить свою волю на совершение сделки. Хотя в XIX в. было высказано много мнений по вопросу соотношения права фидуциарного собственника с личным *Gewere*, источники бюргерского права говорят о том, что правовое *Gewere* (*rechte Gewere*) фидуциарный собственник получит лишь спустя один год и один день с момента внесения записи в городскую книгу, и даже в этом случае у него будет *ideele Gewere* (абстрактное или теоретическое), так как пользоваться "своим" имуществом он не мог <1>. Помимо этого, вопрос о возможности распоряжения предметом фидуциарной собственности по воле фидуциарного собственника в бюргерском праве не имел никакого значения, так как фидуциарный собственник был номинальной фигурой, значащейся в реестре, но не имеющей никакого фактического доступа к имуществу. Учредитель же фидуциарной собственности (кlostер, священник, еврей или чужестранец) обладал (ограниченным) вещным правом использования имущества (*Niessbrauch*), и его право никаким образом не зависело от того, кто будет значиться в городской книге <2>. Учредитель фидуциарной собственности сохранял право использовать земельный участок вне зависимости от того, кто записан в городскую книгу как собственник.

<1> Подробнее см.: Loening O. Op. cit. S. 62 - 63; Gierke O. von. Deutsches Privatrecht / Duncker & Humboldt Verlag. Berlin. 1895. Band II. S. 197; Huber E. Op. cit. S. 20. Несмотря на использование бюргерским правом системы регистрации прав (во многих случаях не упорядоченное), приобретение права собственности на земельный участок было связано с передачей земельного участка (перед городским советом без выезда на участок и совершения ритуала традиции). Для приобретения права собственности необходимо было совершить передачу (Auflassung) и внести запись в городскую книгу (Eintragung). Современное право также предусматривает необходимость совершения Auflassung при передаче права собственности на земельный участок; в настоящее время передачу подтверждает нотариус (§ 925 BGB). Штоббе исходил из того, что бюргерское и современное право по-разному понимали категорию Auflassung, так как в первом случае это была только Sala (передача), не порождающая правовые последствия и связанная только с передачей владения как факта (без получения господства), а во втором случае Auflassung наделяет реципиента правом в отношении вещи. То есть Auflassung и Gewere могут быть связаны друг с другом, а могут быть irrelevantными друг для друга. В частности, Auflassung не порождало Gewere в праве города Эрфурт, когда учредитель фидуциарной собственности сохранял Gewere, а фидуциарный собственник был лишь управомоченным лицом (Erfurter Statuten 39 [Walch I.3.116]). Подробнее см.: Stobbe O. Ueber die Salmannen / Die Zeitschrift fur Rechtsgeschichte. Band 7. 1868. S. 405 - 438.

<2> См.: Loening O. Op. cit. S. 78.

Таким образом, учредитель фидуциарной собственности обладал вещным правом в отношении предмета фидуциарной собственности (в отличие от фидуцианта в римском частном праве) и обладал вещными способами защиты своего права пользования по отношению к фидуциарному собственнику (наравне с обязательственными) в связи с тем, что его право из договора фидуциарной собственности записывалось в городскую книгу и являлось публичным.

Запрет приобретения отдельными категориями лиц прав на земельный участок (числиться в реестре как собственник) и, как следствие, применение института фидуциарной собственности были закреплены повсеместно на всей территории современной ФРГ: Констанце, Гамбурге, Любеке, Нюрнберге, Магдебурге, Эрфурте, а также Баварии <1>.

<1> См.: Stobbe. Op. cit. S. 433 - 434. Дошедшие до нас источники магдебургского права содержат как минимум 24 случая применения института фидуциарной собственности (с 10 июня 1410 г. до 21 октября 1524 г.), связанных в основном с приобретением земельного участка либо женщинами в результате дарения между супругами, либо духовенством, либо несовершеннолетними в результате наследования или дарения (в последнем случае опекун становился фидуциарным собственником). Подробнее см.: фрагменты N 2, 585, 593, 615, 623, 625, 630, 634, 635, 636, 642, 645, 652, 655, 657, 660, 672, 673, 674, 677, 678, 680, 681, 689: Magdeburger Recht. Band I / hrsg. Friedrich Ebel. Koln; Wien: Bohlau (Mitteldeutsche Forschungen). 367 s.; Magdeburger Recht. Band II / hrsg. Friedrich Ebel. Koln; Wien: Bohlau (Mitteldeutsche Forschungen). 723 s.; Magdeburger Recht. Band III / hrsg. Friedrich Ebel. Koln; Wien: Bohlau (Mitteldeutsche Forschungen). 817 s.

Римско-правовой институт фидуции стал активно изучаться германскими пандектистами XIX в. Механическая замена слова fiducia на pignus хорошо объясняет требование современного BGB об использовании залога исключительно в посессорной форме. Конструкция титульного обеспечения (залога с передачей права собственности) появилась в германском праве значительно позже XIX в., а именно после Первой мировой войны, как способ кредитования населения в условиях крайней экономической нестабильности <1>. Институт римского частного права fiducia cum creditore не имеет ничего общего с институтом фидуциарной собственности, а

представляет собой только непосессорный залог. Данный вывод следует из того, что в процедуре исполнительного производства и процедуре несостоятельности (банкротства) титульное обеспечение утрачивает какие-либо особенности и трансформируется в обычный залог.

<1> См.: Зикун И.И. [Конструкция титульного обеспечения](#) в гражданском праве: основные проблемы // Вестник гражданского права. 2016. N 2. С. 37 - 78.

Единственным институтом римского частного права, с которым можно было бы связать современный институт фидуциарной собственности, - это "фидуция с кредитором" (*fiducia cum creditore*). Однако изучение работ пандектистов XIX - начала XX в. показывает, что средневековый институт *Salmann* оказал серьезное влияние на работы Отто фон Гирке, Андреаса Хойслера, Отто Штоббе и создателя национальной теории происхождения института фидуциарной собственности Альфреда Шульце <1>. В своих работах они полностью отказываются от объяснения института фидуциарной собственности через рецепцию римско-правового института фидуции в пользу национального происхождения.

<1> См.: Gierke O. von. *Deutsches Privatrecht* / Duncker & Humboldt Verlag. Berlin, 1895. Band II. S. 197; Heusler A. *Institutionen des deutschen Privatrechts* / Verlag von Duncker & Humboldt. Leipzig. 1885. Band I. S. 284; Band II. S. 4; Stobbe O. *Ueber die Salmannen* / Die Zeitschrift ffir Rechtsgeschichte. Band 7. 1868. S. 405 - 438; Schultze A. *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentenvollstreckung* / Breslau. Verlag vom Wilhelm Koenner (Inhaber: M. & H. Marcus). 1895. 212 s.

Несмотря на то что спор о происхождении института фидуциарной собственности продолжается уже несколько веков, ни один из исследователей не связывает вопрос о происхождении института фидуциарной собственности с регулированием современного института *Treuhand* и тем, какие последствия для современного гражданского права влечет за собой признание верным подхода романистов или же подхода германистов. Попробуем ответить на эти вопросы.

3. Квалификация статуса учредителя управления

В случае банкротства управляющего германское право отходит от разграничения правового статуса управляющего во внутренних и внешних отношениях. Учредитель управления в исполнительном производстве и процедуре банкротства управляющего квалифицируется в качестве собственника. Согласно господствующему в германской доктрине и судебной практике подходу учредитель управления обладает правом на исключение предмета управления из конкурсной массы управляющего (*Aussonderungsrecht*) на основании § 47 *Insolvenzordnung* и вместе с тем обладает правом на прекращение исполнительного производства в отношении предмета управления по требованиям личных кредиторов управляющего (*Widerspruchsklage*) на основании § 771 *Zivilprozessordnung* <1>.

<1> Верховный суд ФРГ следующим образом объяснил наличие у учредителя управления права на исключение предмета из-под ареста: "Вместе с тем возможность этого иска обусловлена тем, что в исполнительном производстве реализуемое право, хотя формально и внешне относится к управляющему, но экономически учредитель управления является управомоченным, и в отношении к управляющему учредитель является управомоченным лицом, из имущества которого предмет управления не исключен. Из этого, однако, не следует, что кредиторы учредителя могут в силу имеющегося у них против учредителя основания для обращения

взыскания непосредственно обратиться взыскание на имущество, находящееся у управляющего. Из этого правила есть только одно очевидное исключение - если речь идет об исполнительном производстве в отношении движимых вещей как предмета управления, которые находятся во владении учредителя" (см.: Urteil des Bundesgerichtshofs [далее - BGH] v. 05.11.1953, Az.: IV ZR 95/53. Rn. 28). В том же решении Верховный суд ФРГ приходит к выводу, что третьи лица (не только кредиторы учредителя) могут обратиться взыскание на предмет управления в том случае, если они обладают индивидуализированным требованием в отношении предмета (например, арест). В другом решении Верховный суд ФРГ отмечает, что разрешение вопроса о предоставлении учредителю встречного иска (Widerspruchsklage) на основании § 771 ZPO никаким образом не связано с вопросом публичности права учредителя; решение зависит от того, действительно ли имущество воспринималось (!) как чужое (см.: Urteil des Bundesgerichtshofs v. 25.06.1973, Az.: II ZR 104/71. Rn. 18). Спустя двадцать лет Верховный суд ФРГ вновь указал, что публичность управления имуществом не является необходимым условием для встречного иска учредителя, так как уже в силу договорного ограничения полномочий управляющего предмет управления следует относить к учредителю (см.: Urteil des BGH v. 08.02.1996, Az.: IX ZR 151/95). Здесь и далее полные тексты судебных решений доступны на официальных сайтах судебных инстанций.

Однако если исходить из того, что договор управления имуществом порождает внутренние и внешние отношения и собственником во внешних отношениях является только управляющий, то как можно объяснить, что в процедуре несостоятельности (банкротства) внутренние отношения трансформируются во внешние?

Объяснение существующего в германской цивилистике подхода к разграничению внутренних и внешних отношений управляющего возможно путем рассмотрения трех исторических этапов квалификации субъективного права учредителя управления: jus ad rem - сделка под условием - ожидание (Anwartschaft).

Институт управления имуществом развивался в каноническом (публичном) праве в связи с передачей имущества умирающих римской католической церкви в целях "прославления души". На этом представители пандектной науки гражданского права ставили точку в историческом исследовании управления имуществом и начинали его теоретическую характеристику. Но что происходило дальше? В каноническом праве (только в нем, но никак не в гражданском праве) был выработан институт "пфрюнде" (Pfrunde) на основе феодального института "бенефиций" (beneficium), существующий со значительной модификацией в каноническом праве Германии до сих пор.

Когда церковь получала в управление имущество умирающего, она передавала его в управление конкретному священнику монастыря пожизненно (на срок несения церковной службы) без права передачи такого имущества наследникам. И именно этот священник совершал все действия, необходимые для "прославления души" покойного: собирал доходы от управления имуществом, проживая в доме покойного, и распределял церковную десятину (четверть - епископу, четверть - священникам церкви, которая собрала десятину, четверть - беднякам и четверть - местным церковным ремесленникам), чем и прославлял душу покойного. Таким образом, появился особый вид управления имуществом - церковный бенефиций ("пфрюнде") <1>.

<1> Церковный бенефиций может быть назван фидуциарной собственностью с существенными оговорками и только в понимании средневековых канонистов. В современном понимании категории собственности бенефициат не получал никакого права собственности, а становился, скорее, узупружентом. Ввиду разделения права собственности в Средние века на dominium directum и dominium utile бенефициат (священник) получал лишь dominium utile, которое позднее будет названо Nutzungseigentum ("собственность использования"). Римская католическая церковь оставалась собственником в смысле dominium directum. Несмотря на то что

проблема разделенной собственности начиная с Будея и Тибо активно обсуждалась пандектистами XIX в., в настоящее время мы не можем сказать, кого следует считать истинным собственником: обладателя *dominium directum*, который не владел, не пользовался и не распоряжался вещью (хотя мог прекратить лен), или обладателя *dominium utile*, который владел, пользовался и определенным образом распоряжался вещью (о точках зрения см.: Венедиктов А.В. Указ. соч. С. 125, 164 - 177). Еще одним контраргументом для отказа в признании церковного бенефиция фидуциарной собственностью является то, что управляющий никогда не имел собственного интереса в управлении имуществом. Бенефициат проживал на территории передаваемого поместья, а также извлекал от его использования и управления доходы. Однако епископ после передачи имущества от умирающего обязан был жить в поместье определенное время (*sessio tridua*), а также мог проживать в поместье неопределенно долгое время.

Вывод о квалификации "пфрюнде" в качестве института управления имуществом связан с тем, что бенефициат приобретал *dominium utile* (*Nutzungsseigentum*) в отношении предмета управления, что влекло за собой признание такой вещи "своей" (*suum*). Как бы ни относиться к феодальному праву, необходимо признать, что средневековые юридические школы путем создания конструкции разделенной собственности объяснили существовавшие на тот момент феодально-аллодиальные формы имущественных отношений, в результате чего в праве возникло два вида собственности на одну вещь. В связи с этим бенефициат в средневековом праве становился собственником, однако собственником временным, ограниченным целью и в отношении чужого имущества.

Во-вторых, бенефициат должен был управлять имуществом <1>; использование имущества в собственных интересах было правом бенефициата дополнительно к обязанности по управлению имуществом. Вместе с тем наделение бенефициата правом использовать имущество являлось скорее разумной необходимостью: невозможно управлять поместьем, не проживая на его территории. Хотя бенефициат и становился собственником, его рассматривали в качестве управляющего <2>.

<1> А.В. Венедиктов подробно описывает положение бенефициата в феодальном праве, однако он учитывает только "светский" бенефиций, возникающий между светским сюзереном и светским вассалом, исключая тем самым "пфрюнде". Церковный же бенефиций имел ряд отличительных особенностей и прежде всего ту, что священник являлся частью церковной иерархии и частью церковной корпорации. Если в "светском бенефиции" права и обязанности вассала были неидентичными (права по пользованию земельным участком и обязанности по несению военной службы и уплате щитовых денег), то при пфрюнде права священника одновременно являлись его обязанностями (право использовать земельный участок - обязанность управлять им; право извлекать доход от использования - обязанность распределять доход с целью "прославления души" покойного). Совпадение права и обязанности характерно не для гражданского, а для административного права, где компетенция государственного органа одновременно является его правом и обязанностью (например, право осуществлять надзор - обязанность осуществлять надзор). Это еще раз приводит к выводу о публично-правовой природе института управления имуществом в феодально-каноническом праве. Вместе с тем необходимо учитывать статус римской католической церкви, которая воспринималась как публичное образование наряду с государством, а на определенных этапах истории даже выше светской власти (и даже государства) ввиду своей транснациональности и имущественного превосходства.

<2> См.: Gross C. *Das Recht an der Pfrunde. Zugleich ein Beitrag zur Ermittlung des Ursprunges des Jus ad Rem* / Leuschner & Lubensky, K.K. Universitäts-Buchhandlung. Graz, 1887. S. 146; Roffredus Epiphanius Beneventanus. *Libelli iuris civilis. Pars IV de decimis et primitis. Qua actione petantur decimae*. No. 6. / Avignone, 1500. P. 471 ("Quaestio. Sed illiud quaeritur, an rector alicujus esslesiae parrochialis valeat decimas vindicare, si simus modo in aliqua ecclesia, in cujus parrochia praedia sunt statuta? Et

videtur quod non: nam rector ecclesiae non est dominus, sed procurator [...]").

В-третьих, как и в фидуциарной собственности, собственность бенефициата была строго целевой и сохранялась до тех пор, пока бенефициат мог совершать действия по "прославлению души" покойного, т.е. до тех пор, пока священник сохранял свой сан. Отказ от квалификации собственности бенефициата как целевой невозможен в принципе, так как церковное имущество всегда рассматривалось как целевое, а право собственности бенефициата было производно от права собственности церкви <1>.

<1> См.: Feine H.E. Kirchliche Rechtsgeschichte. I. Band. Die Katholische Kirche / Hermann Bohlaus Nachfolger. Zweite durchgearbeitete und ergänzte Auflage. Weimar, 1954. S. 349 - 355. Как писал Теодор Моммзен, "эти господа также имели всевозможные земельные владения как пожалование (beneficium) с той целью, чтобы исполнять свои обязанности. Постепенно их лишали этих владений, или они сами их отдавали, или император и короли предоставляли ренту их государственной милостью, вместе с тем епископы, священники и другие духовные лица их использовали в церковных целях. Потом для этого стали использовать название beneficium. В этом случае возникало universitas rerum, которое рассматривалось как церковное имущество" (см.: Marquardt J., Mommsen Th. Handbuch der römischen Altertümer / Verlag von s. Hirzel. Leipzig, 1876. 5. Bd. S. 590 - 591).

В-четвертых, исторически статус бенефициата всегда сравнивался с опекуном, был неразрывно связан с понятиями "фонд" и "фидеикомисс" <1>, которые являются тремя видами современного института управления имуществом в германском праве (Stiftungstreuhand, Testamentsvollstreckung, Vormund) и отчасти видами доверительного управления в российском праве (ср.: ст. 38 ГК РФ; институт душеприказчика в дореволюционном праве Российской империи).

<1> См.: Berger D. Stift und Pfrunde. Die Ausbildung der Kanonikerprabende im Erzbistum Koln bis 1300 / Verlag Franz Schmitt. Siegburg, 2011. S. 55 - 105; Katz E. Mittelalterliche Altarpfrunden der Diocese Bremen im Gebit westlich der Elbe / G. Winters Buchhandlung Fr. Quelle Nachf. Bremen, 1926. S. 5 - 15; Pleimes D. Irrwege der Dogmatik im Stiftungsrecht / Bohlau-Verlag. Munster/Koln, 1954. S. 5 - 46; Theisen F Mittelalterliches Stiftungsrecht. Eine Untersuchung zur Urkundenuberlieferung des Klosters Fulda im 12. Jahrhundert / Bohlau Verlag. Koln, Wemar, Wien, 2002. S. 283 - 305; Ulbrich Tobias. Papstliche Provision oder patronatsherrliche Präsentation? Der Pfrundenerwerb Bamberger Weltgeistlicher im 15. Jahrhundert / Matthiesen Verlag. S. 42 - 46; Willich Thomas. Wege zur Pfrunde. Die Besetzung der Magdeburger Domkanonikate zwischen ordentlicher Kollatur und papstlicher Provision 1295 - 1464 / Max Niemeyer Verlag. Tubingen, 2005. S. 40 - 522.

На стороне бенефициата возникало jus ad rem, которое было необходимо управляющему для того, чтобы получить право на иск в том случае, если ему не передали поместье <1>. Это право давало ему преимущество в получении поместья перед любыми третьими лицами. Таким образом, итальянские канонисты придали ожиданию бенефициата юридическую форму в виде jus ad rem.

<1> Конструкция jus ad rem впервые была упомянута Папой римским Иннокентием III, а затем нормативно в декретах закреплена папами Иннокентием IV (jus ad rem petendam), Люцием III (jus variandi на основе принципа prior tempore potior jure), Бонифацием VIII и Григорием IX, согласно которым бенефициат до передачи владения вещью обладает jus ad rem. Автором же теоретической конструкции jus ad rem, как правило, указывают постгlossатора Дурантиса. Хотя

конструкция *jus ad rem* впервые начала использоваться в римском частном праве для защиты отказополучателя в институте фидеикомисса. Это еще раз подтверждает нашу позицию о том, что учредитель управления в средневековом праве обладал *jus ad rem*, так как после смерти наследодателя его положение занимал отказополучатель, а фидеикомисс традиционно считается одним из видов института управления имуществом в наследственном праве наравне с *Treuhand* как общим понятием. Остановимся только на средневековой характеристике *jus ad rem*, которая имеет значение для института управления. Во-первых, категория *jus ad rem* квалифицировалась итальянскими канонистами как усеченное право (*tenuis jus; jus non perfectum, non perfecte quaesitum*), как слабое право (*jus infirmum, non perfectum; jus spirituale nondum formatum, jus spirituale initiative, non complective*), в основе которого лежало состояние бенефициата как лица, ожидающего получения права (*affectio beneficii ita, ut collatio alteri facta non teneat; reservatio tacita*). По выражению Карла Гросса, *jus ad rem* - это эмбрион *jus in re* (*Embryo befindliches jus in re*). Во-вторых, до момента получения *dominium utile* бенефициат уже рассматривался как собственник вещи, но собственник не *dominus*, а *quasi dominus* (*initiatum, non perfectum quasi dominium in Praelatura; quasi jus in re*). В-третьих, цель предоставления бенефициату *jus ad rem* заключалась не в предоставлении ему права собственности (обладателем *dominium utile* он станет исключительно после передачи владения, что прекратит *jus ad rem*), а в том, чтобы сделать его преимущественным претендентом в отношении вещи, т.е. наделить его преимущественным вещным статусом, который бы устранил всех остальных претендентов (см.: Klingmuller F. *Ius ad rem? // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*. Band 54. S. 211 - 223).

Второй шаг в квалификации договора управления имуществом - квалификация его как условной сделки. "Отец современного института управления" (по выражению Гюнтера Штира) Альфред Шульце проанализировал случаи использования фидеикомисса (одного из вида управления имуществом) в лангобардском праве (в том числе передачу имущества для "прославления души") и первым квалифицировал договор управления имуществом как сделку под условием. Сделанный им вывод основан на тех случаях, когда наследники покойного учредителя управления истребовали имущество у церкви на том основании, что церковь не исполняла своей обязанности по "прославлению души" покойного (т.е. не совершала литургии и не отдавала доходы от управления имуществом беднякам) или же совершила нецелевое распоряжение имуществом покойного (например, продала его третьим лицам). Однако проверка источников лангобардского права показала, что они не содержат прямо выраженного условия. Действительно, случаи истребования имущества наследниками покойного существовали, однако источники не называют это сделкой под условием или распоряжением под условием. Таким образом, точка зрения Альфреда Шульце является позицией юриста конца XIX в., а не позицией средневековых юристов. Однако учение об управлении имуществом как о сделке под условием стало доминирующим для науки гражданского права Германии на долгие годы <1>.

<1> См.: "Германская литература - за исключением Ф. Бейерле - переняла идею обусловленного полного права собственности управляющего" (см.: Asmus W. *Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand. Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre / Peter Lang. Frankfurt am Main. Bern. Las Vegas. S. 243*). "Уже А. Шульце, "отец современного института управления", видит ключевую проблему института управления в двойном праве на вещь" (см.: Stier G. *Op. cit.* S. 12). "Германистическая теория управления, которая сегодня еще в рамках германского учения об управлении имуществом имеет значение, тем не менее была создана Альфредом Шульце [...]" (см.: Coing H. *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts / C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1973. S. 49*). О. Гирке согласился с национальным происхождением института управления и теорией А. Шульце о праве собственности под условием (см.: Gierke O. *von. Op. cit.* Band II. S. 352). Позиция А. Шульце была переработана Ю. Эббеке и В. Нордом (см.: Ebbecke J. *Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung // Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Jahrgang, 1917. S. 215; Nord W. Das Recht des*

Treuhanders / Vahlen. Berlin, 1927. S. 19).

Почему же между первым шагом квалификации права учредителя управления как *jus ad rem* и вторым шагом квалификации субъективного права учредителя как права из сделки под условием прошло чуть более шести столетий (1276 - 1895)? Модификация обусловлена тем, что возникла категория субъективного права в школе естественного права в рамках философского учения натурализма, появилось философское учение Иммануила Канта о воле и императиве, на основе которого Ф.К. фон Савиньи вывел свое учение о разграничении вещных и обязательственных прав. После этого категория *jus ad rem* сначала как вещное право в схоластике, потом как обязательственное право в натурализме, а потом как нечто среднее между обязательственным и вещным правом стала бессмысленной, так как противоречила теории двух волей. Третий элемент в ней отсутствует до сих пор. Помимо этого, учение о *jus ad rem* должно было уйти в небытие сразу после создания единого института права собственности в XIX в. (после работы А.Ф.Ю. Тибо), так как оно существовало исключительно в связи с существованием *dominium utile* (позднее *Nutzungseigentum* или *Untereigentum*) в каноническом праве для оформления феодально-аллодиальных имущественных отношений <1>.

<1> См.: Thibaut A.F.J. *Versuche uber einzelne Theile der Theorie des Rechts* / Mauke. Jena, 1817. Band II. S. 67 - 99.

Теория А. Шульце о квалификации договора управления имуществом как сделки под преклюзивным условием необоснованна в связи с тем, что создает неопределенность положения сторон договора в конкретный период времени. Как определить, в какой конкретный день управляющий перестал исполнять обязанность по управлению имуществом? Ведь в основе конструкции управления имуществом изначально лежит длящееся правоотношение между учредителем управления и управляющим. Однако принципиально важно установление того, когда прекратились права и обязанности из договора управления: до дня совершения сделки управляющим или после. Сделка под преклюзивным условием предполагает наличие события, время наступления которого можно легко определить. Стороны не знают, когда наступит событие, но когда оно наступит, можно будет точно определить этот момент. Кроме того, преклюзивное условие предполагает автоматическое прекращение прав и обязанностей сторон при его наступлении. Но третьи лица, заключающие сделки с управляющим, не знают и не должны знать, исполнял ли управляющий свои обязанности, как он их исполнял, прекратились его полномочия по осуществлению чужого права собственности или нет.

Несмотря на свою практическую неприменимость, теория А. Шульце имеет важную предпосылку своего появления. Учредитель действительно, как было показано ранее, обладает особым статусом в процедуре банкротства управляющего (*Aussonderungsrecht*) и в исполнительном производстве (*Widerspruchsklage*).

Теория А. Шульце может быть модифицирована так, чтобы стать применимой на практике, и это - третий шаг в нашей модели квалификации права учредителя управления: *jus ad rem* - сделка под условием - ожидание (*Anwartschaft*). Во-первых, в германской доктрине принято считать, что ожидание является подготовительной ступенью к праву, "зачатым, но еще не родившимся ребенком" (по выражению Р. Иеринга), неполным правом <1>. Точно так же описывали средневековые канонисты конструкцию *jus ad rem*: усеченное, незавершенное, неполное, слабое право на вещь, "эмбрион вещного права" (по выражению К. Гросса). Следует также учитывать, что конструкция "право ожидания" в германском праве пришла на смену конструкции *jus ad rem* в связи с отказом от вещного эффекта договора купли-продажи, расщеплением сделки на обязательственную и распорядительную, а также созданием специальной конструкции для защиты интересов покупателя - института предварительной регистрации (*Vormerkung*) <2>. И если признать, что субъективное право духовного созерца

после передачи им *dominium utile* в пользу священника являлось *jus ad rem*, необходимо также признать, что субъективное право учредителя управления в настоящее время является разновидностью права ожидания (или возникает не субъективное право, а защищаемое правом ожидание), так как две существовавшие в разные исторические эпохи конструкции описывают одно и то же явление - предварительную стадию вещного права.

<1> Категория "право ожидания" была разработана Эрнстом Цительманном и Андреасом фон Туром в качестве "понятийного обобщения предварительного действия для получения права собственности до наступления условия" (см.: Zitelmann E. *Internationales Privatrecht* / Verlag von Ducker & Humboldt. Leipzig, 1897. S. 50 - 53; Tuhr A. von. *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* / Verlag von Ducker & Humboldt. München und Leipzig, 1918. Band II. Hälfte II. S. 291 - 313). Согласно позиции Верховного суда ФРГ право ожидания является минусом права собственности (теория минуса права) (*wesentliches Minus*; *Vorstufe zum Vollrecht*), т.е. обладатель права ожидания еще не является обладателем ожидаемого субъективного права, но уже обладает способами защиты такого права и защищаемым законом статусом (см.: BGH, 24.06.1958 - VIII ZR 205/57; BGH, 10.04.1961 - VIII ZR 68/60; а также см.: Vieweg K., Werner A. *Sachenrecht* / Verlag Franz Vahlen. 7., neu bearbeitete Auflage. München, 2015. S. 367). Таким образом, право ожидания есть предправо, предварительная ступень субъективного права (см.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* / Oechler / C.H. Beck. München. 7. Auflage. Band 7. 2017. S. 997 - 999). При наступлении условия происходит укрепление права ожидания в полное право собственности (*Erstarkung zum Volleigentum*) (см.: *Nomos Kommentar. BGB. Sachenrecht* / Nomos. Deutscher Anwaltverein. 3. Auflage. Band 3. S. 622; также см.: *Enneccerus L., Nipperdey H.C. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 14 Aufl. Tübingen, 1952. Halbband. 1. S. 310).

<2> См.: Smits J.M. *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* / Edward Elgar. Cheltenham. Northampton, 2012. Second edition. P. 737 - 738; Becher M, Wolter-von dem Knesebeck H. *Die Königserhebung Friedrichs des Schonen im Jahr 1314. Kronung, Krieg und Kompromiss* / Bohlau Verlag. Köln. Weimar. Wien, 2017. S. 96; Becker Rainer. *Die fiducie von Quebec und der trust* / Mohr Siebeck. Tübingen, 2007. *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung*. Band 7. S. 115; *Proceedings of the Third International Congress of Medieval Canon Law* // Edited by Goering Joseph, Dusil Stephan, Thier Andreas. S. *Congregatio de Seminariis et Studiorum Universitatibus*. Strasbourg, 1971. P. 84.

Во-вторых, современное право ожидания в отдельных случаях можно квалифицировать в качестве вещного права, но точно так же вещным правом в период схоластики являлось *jus ad rem* <1>. Обязательственным *jus ad rem* станет только в период естественной школы права. В-третьих, учредитель управления и обладатель права ожидания имеют одинаковый статус в процедуре банкротства (*Aussonderungsrecht*) и в исполнительном производстве (*Widerspruchsklage*) <2>. И это также может быть объяснено через средневековую конструкцию *jus ad rem*: бенефициар являлся претендентом на получение вещи, обладающим вещным правом на предмет управления и устраняющим всех других претендентов. То же самое происходит в конкурсном производстве процедуры банкротства и в исполнительном производстве: учредитель управления (обладатель права ожидания) устраняет других претендентов и ввиду своего вещного статуса не удовлетворяется из стоимости вещи, а получает саму вещь.

<1> См.: Baur F., Stürner R. *Sachenrecht* / Verlag C.H. Beck. 18. Neu bearbeitete Auflage. 2009. S. 30 - 32; Brehm W., Berger Ch. *Sachenrecht* / Mohr Siebeck. 3., überarbeitete Auflage. S. 494. Наше утверждение о сходстве *jus ad rem* и права ожидания основано также на том, что в настоящее время право ожидания понимается как право на владение (результат разграничения обязательственной и распорядительной сделок) (*Recht zum Besitz*), а *jus ad rem* стало пониматься в немецком праве как право на реальное исполнение (*Realexecution*), что, согласно Вильгельму фон Брюннеку, стало основанием для разграничения обязательственной и распорядительной сделок

(см.: Prutting H. Sachenrecht. Ein Studienbuch / C.H. Beck. 36., neu bearbeitete Auflage. 2017. S. 167; Weber R. Sachenrecht I. Bewegliche Sachen / Nomos. 3. Auflage. 2004. S. 287; Brunneck W. von. Ueber den Ursprung des sogenannten jus ad rem, ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogma / Caertner R. Amelang'sche Sortiments-Buchhandlung. 1869. S. 63 - 107). Кроме того, вывод о квалификации права учредителя управления как права ожидания подтверждается тем, что в начале XX в. субъективное право должника из договора титульного обеспечения было квалифицировано Бодо Шпонхольцем и Карлом Шпарком как право ожидания, а титульное обеспечение (Sicherungsunterbreitung) традиционно считается видом управления имуществом (Sicherungstreuhand). Впоследствии от этого подхода отказались не потому, что теория была ошибочной, а в связи с тем, что титульное обеспечение стали квалифицировать как договор непосессорного залога (см.: Spark K. Die Anwartschaftsrecht bei der Sicherungsunterbreitung / Buchdruckerei Wilh., Seesen a. Harz. Dissertation. 1936. S. 102; Sponholz B. Die Anwartschaft aus Eigentumsvorbehalt und Sicherungsunterbreitung als Kreditsicherungsmittel / Deutsche Fleischer-Zeitung. Berlin, 1935. S. 56).

<2> См.: BGH, 11.11.1970 - VIII ZR 242/68; Bork Reinhard. Einführung in das Insolvenzrecht / Mohr Siebeck. 8., überarbeitete Auflage. 2017. Rn. 162; Gaul H.F., Schilken E., Becker-Eberhard E. Zwangsvollstreckungsrecht / Verlag C.H. Beck. 12., völlig neubearbeitete Auflage. 2010. § 41 Rn. 52; Soergel / Henssler. Op. cit. Anh. § 929 Rn 167; Nomos Kommentar. BGB. Sachenrecht. Op. cit. S. 626 - 627; а также см.: Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 390. В выделенных Дитером Медикусом трех случаях возникновения права ожидания (право покупателя из договора купли-продажи с оговоркой о сохранении права собственности, право покупателя земельного участка и право кредитора из договора ипотеки) происходит то же самое, что происходило при возникновении jus ad rem у бенефициара в каноническом праве: появляется претендент на строго определенную вещь, субъективное право которого устраняет всех остальных претендентов (см.: Medicus D., Petersen J. Bürgerliches Recht / Vahlen. 24. Auflage. 2013. S. 231). Право ожидания и jus ad rem нужны для устранения конкуренции участников оборота в отношении индивидуализированного объекта права.

Право ожидания (Anwartschaftsrecht) или просто ожидание (Anwartschaft) нельзя толковать как ожидание возвращения права собственности. На всех этапах управления учредитель управления сохраняет свое право собственности. Учредитель управления ожидает не возвращения права собственности, а возвращения ему управляющим владения вещью (Recht zum Besitz). Причем право ожидания не во всех случаях является ограниченным вещным правом (например, право ожидания при заключении сделки под отлагательным условием). Правовая доктрина Австрии вообще не признает существование права ожидания, говоря только о возникновении "ожидания" (не субъективное право), что выводит эту категорию из сферы вещного права <1>.

<1> См.: Koziol H., Welser R. Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht / Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. Wien, 1991. S. 152. В связи с тем что германская и австрийская доктрины в настоящий момент не выработали единого господствующего мнения по вопросу возможности существования категории "право ожидания" и не установили ее отличий от категории "ожидание", этот вопрос остается за рамками настоящего исследования.

А теперь ответим на главный вопрос: какое отношение модель jus ad rem - сделка под условием - ожидание (Anwartschaft) имеет к российскому праву? Ответ простой: абсолютно никакого. Российское право никогда не использовало учение итальянских и немецких феодистов jus ad rem. Институт управления (духовный бенефиций, пфрюнде) никогда не использовался "каноническим правом" России. В российском праве никогда не было пандектного учения о договоре управления имуществом как сделке под условием. Современное российское право не знает такой конструкции, как право ожидания (ожидание). Следовательно, в российском праве

отсутствует необходимость рецепции континентального института управления имуществом (фидуциарной собственности). Российское право достигает того же результата при помощи уже закрепленного института доверительного управления. И нужно ли российскому частному праву XXI в. реципировать институт феодального публичного канонического права XIII в.? Вопрос оставим без ответа.

Заключение

Исследование исторического развития института фидуциарной собственности показало, что в средневековом гражданском праве Европы произошел коренной перелом в понимании института фидуциарной собственности. Римско-правовой институт фидуции не мог быть реципирован европейским правом в связи с тем, что средневековые юристы просто не понимали этот институт. Это повлекло за собой внесение целого ряда интерполяций в тексты римских юристов. Помимо этого, сфера применения института фидуции коренным образом отличается от сферы применения института фидуциарной собственности в средневековом праве.

Институт фидуциарной собственности появился в средневековом европейском праве ввиду конкретных исторических причин как необходимость резервирования предмета спора, обоснование права римской католической церкви на получаемые дары и борьба с римской католической церковью в бюргерском праве. В отличие от римского права применение института фидуциарной собственности в каноническом праве было связано с получением гражданства, что выводит институт фидуциарной собственности за пределы частного права.

Происхождение института фидуциарной собственности как института канонического права, тесно связанного с институтом церковного бенефиция, обуславливает его связь с особым субъективным правом - *jus ad rem*. Несмотря на принципиальный отказ германского права от какого-либо промежуточного звена в разделении вещных и обязательственных субъективных прав, современное германское право все-таки использует категорию "право ожидания", которая является функциональным аналогом *jus ad rem*.

Объяснение природы субъективного права учредителя фидуциарной собственности сначала через категорию *jus ad rem*, а потом через категорию "ожидание" (*Anwartschaft*) позволяет объяснить тот проприетарный приоритет, который имеет учредитель фидуциарной собственности в процедуре несостоятельности (банкротства) управляющего (фидуциарного собственника).

В.А. КОРОТКОВА

ЧИСТО ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ВРЕД, ВОЗНИКАЮЩИЙ ПРИ ИСПОЛНЕНИИ ДОГОВОРА СТРОИТЕЛЬНОГО ПОДРЯДА

Статья посвящена анализу чисто экономического вреда при исполнении договора строительного подряда. Детальным образом рассматривается вопрос о том, должен ли допускаться деликтный иск заказчика к субподрядчику о возмещении чисто экономического вреда, возникшего вследствие некачественного выполнения работ субподрядчиком. В поисках ответа автор исследует категорию чисто экономического вреда, регулирование возмещения чисто экономического вреда в зарубежных правовых порядках, обоснование ограничения его взыскания. Разнородность случаев чисто экономического вреда приводит автора к мысли о том, что эта категория скрывает за собой две основные проблемы: где следует поставить точку в развитии причинно-следственной связи и где следует провести границу между договором и деликтом (когда нарушение договора может быть одновременно и деликтом). Вопрос о допустимости деликтного иска заказчика к субподрядчику относится ко второй проблеме. В этой связи автор рассматривает четыре возможные модели иска заказчика к субподрядчику: 1) допущение деликтного иска; 2) допущение договорного иска; 3) отказ в предоставлении как договорного, так и деликтного иска; 4) предоставление договорного или деликтного иска по усмотрению заказчика.

Анализ этих моделей показывает, что предоставление деликтного иска влечет значительные негативные последствия, договорный иск может допускаться с определенными ограничениями лишь в исключительных случаях. Изучение зарубежных правовых порядков подтверждает выводы автора: деликтный иск не предоставляется, договорный - допускается в некоторых государствах в исключительных случаях. Российская судебная практика свидетельствует о том, что деликтный иск не будет предоставлен, несмотря на широкую формулировку [ст. 1064](#) ГК РФ. В то же время надлежащего обоснования это решение в практике судов не получает, а возможность предоставления договорного иска даже не обсуждается. В завершение автор намечает направления для будущих исследований.

Pure economic loss arising in course of performance of construction contract

V.A. Korotkova

The article is devoted to the analysis of pure economic loss arising in course of performance of construction contract. The issue considered in detail is whether the employer has the right to put a tort claim against the subcontractor for compensation of pure economic loss arising from substandard performance of the works by the subcontractor. In search of the answer, the author examines the notion of pure economic loss, regulation of compensation for pure economic loss in foreign legal systems, justification for restraining its collection. The heterogeneity of cases with pure economic loss leads the author to the idea that this category conceals two basic problems: where is the end of causation and where does the borderline between the contract and the tort lie (when does the breach of a contract can also constitute a tort)? Admissibility of the employer's tort claim against the subcontractor falls under the second problem. With this background the author considers four possible models of the employer's claim against the subcontractor: action in tort, action in contract, denial of both action in tort and action in contract, and action in contract or in tort at the employer's discretion. Analysis of these models proves that a tort claim entails significant negative consequences, an action in contract may be allowed with certain limitations only in exceptional cases. Study of foreign legal systems confirms the author's conclusions: tort claims are not provided, actions in contract are allowed in some jurisdictions in exceptional cases. Russian case law shows that a tort claim will not be provided, despite the broad wording of art. 1064 of the Civil Code of the Russian Federation. At the same time, the courts do not provide proper justification for this decision, and the possibility of providing actions in contract is not even discussed. In conclusion, the author outlines directions for future research.

При реализации строительных проектов вопрос о возмещении чисто экономического вреда возникает довольно часто. Обратимся к типичной договорной цепочке договоров подряда: заказчик, генподрядчик и субподрядчик. Договорные требования субподрядчика к заказчику и заказчика к субподрядчику по общему правилу исключены на основании [абз. 2 п. 3 ст. 706](#) ГК РФ. Однако может ли заказчик предъявить деликтный иск к субподрядчику о взыскании убытков, вызванных ненадлежащим выполнением работ?

Для того чтобы ответить на поставленный вопрос, необходимо разобраться в том, что понимается под чисто экономическим вредом, как решается вопрос о его возмещении в зарубежных правовых порядках, обладает ли спецификой описанная выше ситуация по сравнению с другими случаями причинения чисто экономического вреда, каким образом можно было бы разрешить поставленный вопрос в российском правовом порядке.

Дать определение понятию чисто экономического вреда весьма затруднительно. Это вызвано его возникновением в разнородных по характеру случаях и отсутствием единых правил его возмещения. Существуют два основных подхода к определению чисто экономического вреда: концепция вреда и концепция интереса <1>. Согласно первому чисто экономический вред - это вред иной, чем причиненный личности или материальному объекту. В соответствии со вторым - это вред, нанесенный без нарушения защищаемого законом права или интереса. Второй подход характерен для правовых систем, в которых существует ограниченный перечень прав, нарушение

которых является деликтом <2>. Однако даже в таких правопорядках применение концепции интереса ставит вопрос о том, что понимается под защищаемым законом интересом. Если толковать защищаемый интерес широко, то можно прийти к выводу, что экономические интересы почти всегда получают определенную защиту, а группа случаев чисто экономического вреда окажется незначительной. Поэтому предлагается понимать защищаемый интерес уже как абсолютно защищаемый интерес <3>.

<1> Boom V.W.H., Koziol H. & Witting C.A., eds. Pure Economic Loss - A Comparative Perspective, Springer, Wien / N.Y., 2004. P. 5 (далее - Boom V.W.H., Koziol H. & Witting C.A., eds. Pure Economic Loss - A Comparative Perspective).

<2> Например, для Германии, см.: Bar C., Drobniг U. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law, Sellier. European Law Publishers GmbH, Munchen, 2004. P. 2930 (далее - Bar C., Drobniг U. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law).

<3> Koziol H. Recovery for Economic Loss in the European Union. V. 48(4). Arizona Law Review, 2006. P. 842 (далее - Koziol H. Recovery for Economic Loss in the European Union).

Но вне зависимости от выбранного подхода главным отличительным признаком чисто экономического вреда является то, что он **исключительно** экономический и не является следствием причинения вреда личности или материальному объекту <1>. Так, например, чисто экономическими убытками не будут затраты на лекарства, понесенные потерпевшим, которому был причинен вред здоровью.

<1> Pure Economic Loss in Europe. Ed. by Bussani M., Palmer V.V., Cambridge University Press, N.Y., 2004. P. 5 (далее - Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe).

Правопорядки довольно настороженно относятся к возмещению чисто экономического вреда. Каждый из них предусматривает способы ограничения его возмещения.

Возмещение умышленного чисто экономического вреда единодушно допускается национальными правовыми системами, однако в отношении неосторожно причиненного экономического вреда согласие отсутствует <1>. В зависимости от механизма, который используется для определения случаев его возмещения, правопорядки разделяют на либеральные (Франция), консервативные (Германия) и прагматические (Англия) <2>.

<1> Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe. P. 534.

<2> Bar C., Drobniг U. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law. P. 208 - 215.

Франция наиболее либеральна в плане возмещения чисто экономического вреда. Широкая формулировка ст. 1382 ФГК не представляет для этого никакой преграды: "Любое действие человека, причиняющее другому вред, обязывает лицо, виновное в его причинении, этот вред возместить". Однако это не означает, что чисто экономический вред подлежит возмещению в любом случае. Ограничителями выступают вина (faute) <1> и причинно-следственная связь.

<1> Под faute понимается нарушение определенного стандарта поведения (например, нарушение закона, нарушение неписаной обязанности - le bon pere de famille, l'homme droit et

avise, le bon professionnel), т.е. вина понимается исключительно объективно. См.: C.V. Dam European Tort Law Oxford University Press, 2013. P. 56 - 58.

Германский правопорядок исходит из обратного принципа. В отличие от широкой формулировки ст. 1382 ФГК § 823(1) ГГУ дает перечень защищаемых прав: жизнь, телесная неприкосновенность, здоровье, свобода, собственность и иные схожие права. Посредством исторического толкования воли законодателя в доктрине делается вывод о том, что этот параграф защищает только абсолютные права <1>. Разработчики ГГУ видели опасность защиты относительных прав деликтным иском в том, что это могло бы привести к возрождению *jus ad rem*. Это особое право с вещно-обязательственной природой было закреплено в Прусском земельном уложении. При разработке ГГУ было принято решение отказаться от него. *Jus ad rem* не вписывается в систематику ГГУ и способно нарушить баланс предложенных в нем решений. Проиллюстрировать указанное последствие можно на примере двойной купли-продажи движимой вещи. Продавец заключает договор купли-продажи последовательно с двумя покупателями, при этом распорядительную сделку он совершает по отношению ко второму покупателю и передает ему вещь во владение. Согласно классическому решению второй покупатель стал собственником, а первый получает иск об убытках к продавцу. Признание того, что обязательственное право требования первого покупателя к продавцу имеет защиту против всех третьих лиц, в том числе и против второго покупателя, полностью разрушает это решение. Первый покупатель получит право требовать передачи вещи от второго покупателя <2>. Тем не менее ограничительный подход § 823(1) не означает, что чисто экономический вред вовсе не подлежит возмещению: имеется ряд исключений <3>. Во-первых, из слов о защите иных схожих прав выводится абсолютное право на ведение бизнеса. Хотя оно является довольно узким и касается лишь случаев, когда вред направлен непосредственно против ведения бизнеса как такового, это право расширяет сферу защищенных чисто экономических интересов <4>. Во-вторых, § 823(2) предоставляет защиту чисто экономическому интересу, если есть норма закона, имеющая целью его защиту. Стоит отметить: такая цель определяется посредством толкования, что предоставляет суду значительную возможность для маневра. В-третьих, чисто экономический вред возмещается, если он нанесен умышленно против добрых нравов (§ 826). И наконец, лицу, претерпевшему чисто экономический вред, может быть предоставлена договорная защита (защитный эффект договора в пользу третьих лиц и концепция *Drittschadensliquidation*).

<1> Markesinis B.S., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon. 2002 (далее - Markesinis B.S., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise). P. 44 - 79.

<2> Eulau P.H. Inducing Breach of Contract. CLR 41, 1978. P. 64; Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe P. 378; Wieling H.J. Sachenrecht Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Auflage, Springer Verlag Heidelberg, 2006. S. 21, 23.

<3> Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe. P. 149.

<4> Markesinis B.S., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise. P. 206 - 208.

Англия в отличие от континентальных правопорядков не имеет общих норм деликтного права, а оперирует отдельными деликтами. Есть ряд специальных деликтных исков, направленных на возмещение чисто экономического вреда, но для их применения действия делинквента должны быть умышленными <1>. Гораздо более широко применяется иск из небрежности (*tort of negligence*). Такой иск будет удовлетворен в случае установления обязанности проявить должную степень заботливости, обеспечить интересы (*duty of care*). Наличие такой обязанности устанавливается исходя из соображений справедливости и разумности, подвержено значительному судебскому усмотрению и варьируется в зависимости от конкретных обстоятельств дела. При этом суды весьма сдержанно относятся к установлению *duty*

of care в исках из небрежности <2>.

<1> Например, fraud, intentional misrepresentation.

<2> Boom V.W.H., Koziol H. & Witting C.A., eds. Pure Economic Loss - A Comparative Perspective. P. 11, 12.

Таким образом, даже самые либеральные правопорядки используют механизмы, ограничивающие возможность возмещения чисто экономического вреда. Чем вызвано довольно настороженное отношение к категории чисто экономического вреда? В литературе на этот счет можно встретить различные обоснования.

Руководствуясь идеями экономического анализа, особенность чисто экономического вреда видят в том, что он в отличие от вреда физического **всегда является вредом для потерпевшего, но не всегда для общества** <1>. На этом основании делается вывод о том, что чисто экономический вред возмещаться не должен. Стоит согласиться с тем, что, когда я открываю магазин рядом с магазином конкурента, я причиняю ему чисто экономический вред. Однако, во-первых, еще И.А. Покровский отмечал: "Возложить на меня обязанность каждый раз сообразоваться со сравнительным положением тех лиц, интересы которых могут быть моими действиями затронуты, "взвешивать" интересы мои и чужие, предвидеть их, - это значит, в действительности совершенно парализовать возможность всякой человеческой деятельности" <2>. А во-вторых, несмотря на то что мои действия причинили чисто экономический вред, другие члены общества, напротив, выигрывают от этого. Здоровая конкуренция приведет к улучшению качества обслуживания, расширению ассортимента, снижению цен в борьбе за потребителя и т.д. Вместе с тем есть и чисто экономический вред, в возмещении которого заинтересовано и общество. Например, возмещение делинквентом вреда, причиненного потерей кормильца, освобождает общество от дополнительных затрат по сохранению пострадавших своими полноценными членами и, кроме того, выполняет сдерживающую функцию.

<1> Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe. P. 77 - 81; Feldthusen B. Liability for Pure Economic Loss: Yes, But Why? 28 U.W. Austl. L. Rev. 84, 1999. P. 86.

<2> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 13 // http://civil.consultant.ru/elib/books/23/page_13.html.

В качестве одной из причин ограничения возмещения чисто экономического вреда часто называют то, что обратное привело бы к **огромному потоку исков, с неопределимым на момент совершения деликта количеством истцов и объема требований (floodgates argument)** <1>. При этом указывается, что проблема заключается не столько в большой нагрузке на судебную систему, сколько в возложении на участников оборота слишком большого бремени ответственности. Дело даже не в том, что размер чисто экономического вреда может оказаться непомерно большим. Он может оказаться таковым и в случае экономического вреда, являющегося следствием физического. Дело в том, что ничем не ограниченная возможность взыскания чисто экономических убытков может привести к сдерживанию осуществления общественно полезной деятельности.

<1> Знаменитое высказывание J. Cardozo в деле Ultramares Corp. v. Touche цит. по: Markesinis B.S., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise. P. 52 - 53, Boom V.W.H., Koziol H. & Witting C.A., eds. Pure Economic Loss - A Comparative Perspective. P. 43 - 44; Koziol H. Recovery for

Этот аргумент является сильным, но он применим не ко всем случаям причинения чисто экономического вреда. Он актуален для рикошетного вреда (ситуации, когда вред причиняется личности или вещам одного лица, а опосредованно от этого страдают экономические интересы другого), неосторожного представления ложной информации, когда круг полагавшихся на нее получателей не определен. Однако он не применим к случаям вмешательства в договорные отношения, неосторожного предоставления ложной информации заранее известному кругу лиц. Здесь нет опасности появления неопределенного количества истцов.

Некоторые исследователи указывают на то, что с позиций иерархии конституционных ценностей чисто **экономические интересы имеют меньшее значение**, чем жизнь, здоровье и право собственности <1>. Невозможно спорить с тем, что жизнь и здоровье имеют наивысшую ценность. Однако, чем вызван приоритет возмещения экономического вреда, являющегося следствием физического, над чисто экономическим, остается неясным.

<1> Bussani M, Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe. P. 21 - 23.

Другие приводят исторический аргумент и ссылаются на то, что чисто экономический вред **изначально не подлежал возмещению**, и поэтому не стоит предоставлять возможность взыскивать убытки за его причинение и впредь. Этот аргумент является наиболее слабым, так как, во-первых, он не соответствует действительности <1>, а во-вторых, не учитывает развитие общественных отношений.

<1> Отдельные случаи возмещения чисто экономического вреда можно встретить уже в римском праве (Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Juta, Cape Town/Johannesburg, 1966. P. 993 - 997).

Анализ приведенных выше аргументов показывает, что одна их часть применима не ко всем случаям причинения чисто экономического вреда, другая же не является убедительной. Если ситуации чисто экономического вреда настолько разнородны, что не представляется возможным вывести какое-либо общее правило, то нужна ли эта категория? Восхождение на этот уровень абстракции помогает поставить ряд вопросов, но не дает на них ответов. Это наталкивает на мысль о том, верный ли срез проблемы мы рассматриваем? Не скрывается ли за категорией чисто экономического вреда несколько юридических проблем, для решения которых необходим различный инструментарий?

Изучение случаев причинения чисто экономического вреда <1> привело автора настоящей статьи к выводу о том, что за этой общей категорией от нас ускользают два ключевых вопроса.

<1> Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe. P. 171 - 523.

1. Где поставить точку в развитии причинно-следственной связи?

Специфической особенностью чисто экономического вреда является то, что он носит косвенный, опосредованный характер. Он возникает в силу экономической взаимосвязанности членов общества, тесного переплетения социальных связей.

Например, побочным эффектом аварии является затор на дороге, из-за которого многие понесут экономические потери: кто-то опоздает на самолет, кто-то на работу или учебу,

возможно, среди попавших в пробку окажется бизнесмен, у которого ввиду этого происшествия сорвется крупная сделка.

Одно неосторожное движение экскаватора, повредившее подземный кабель, способно обесточить целый городской район. Без света может оказаться и ряд крупных предприятий, способных понести значительные убытки, включая упущенную выгоду от невыпуска продукции.

Разлив нефти способен не только нанести колоссальный экологический вред, но и лишить предпринимателей прибрежных городов возможности вести туристический бизнес.

Вопрос о том, какой ущерб должен быть признан настолько отдаленным, чтобы привести к отказу в его возмещении, следует разрешать, руководствуясь уже выработанным цивилистическим инструментарием. А именно многочисленными теориями причинно-следственной связи <1>, что составляет предмет отдельного исследования, выходящего за пределы настоящей статьи.

<1> См., например, список литературы по данной тематике: Markesinis B.S., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise. P. 113 - 114; Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. Jan Sramek Verlag KG. Wien, 2012. P. 131 - 168; Causation in the Law H. L. A. Hart, Tony Honore. Oxford, 1985.

2. Где следует провести границу между договорной и деликтной ответственностью, может ли нарушение договора быть деликтом?

Разрешение этой проблемы позволит ответить на вопрос, поставленный в самом начале статьи. Напомним, что речь идет о договорной цепочке - заказчик, генподрядчик и субподрядчик. Субподрядчик выполняет работы некачественно, конечным следствием этого является претерпевание заказчиком убытков (такими убытками может быть не только реальный ущерб в виде затрат на устранение недостатков в конечном результате работы, но и упущенная выгода, если, например, исправление дефектов приведет к задержке ввода объекта в эксплуатацию). Вопрос состоит в том, должно ли заказчику предоставляться право прямого иска к субподрядчику и какова природа такого иска.

Представляется, что на практике предъявление иска напрямую к субподрядчику может потребоваться только в том случае, если взыскать убытки по договору с генподрядчиком невозможно. Во-первых, экономический смысл заключения договора заказчиком с генподрядчиком, а не с каждым из субподрядчиков как раз и состоит в том, чтобы в конечном счете заказчик получил готовый объект "под ключ", минимально контактируя с субподрядчиками, и именно генподрядчик отвечал за весь объект в целом.

Во-вторых, заказчик будет испытывать значительные трудности в формировании доказательственной базы. Ведь даже для того, чтобы определить, кем именно из субподрядчиков был допущен дефект, заказчику как минимум необходимы тексты субподрядных договоров. Кроме того, промежуточную и окончательную приемку работ субподрядчика производил, скорее всего, именно генеральный подрядчик. Поэтому иск заказчика к субподрядчику будет иметь очень узкую сферу. Вероятнее всего, типичной ситуацией, в которой заказчику выгодно было бы обратиться с иском к субподрядчику, минуя генподрядчика, является ликвидация генподрядчика или его банкротство, истечение исковой давности для предъявления иска по договору генерального подряда.

Итак, должен ли допускаться такой иск, и в случае положительного ответа на этот вопрос - какова его природа? Теоретически возможно сконструировать четыре модели.

1. Иск заказчика к субподрядчику допускается как деликтный.

Предоставление возможности предъявления подобного иска будет влечь за собой ряд негативных последствий.

Во-первых, это приводит к полному отрицанию воли сторон. Соглашения, достигнутые между заказчиком и генеральным подрядчиком, генеральным подрядчиком и субподрядчиком, не имеют ровно никакого значения. Как первый, так и второй договор могли содержать положения, ограничивающие ответственность генерального подрядчика и субподрядчика. Вполне возможно, что обязательство генерального подрядчика перед заказчиком представляло собой обязательство по достижению результата, в то время как обязательство субподрядчика перед генподрядчиком - лишь по приложению максимальных усилий. В договоре субподряда могли содержаться положения о порядке разрешения споров (например, арбитражная оговорка, условие о договорной подсудности), применимом праве. При предоставлении деликтного иска заказчику напрямую к субподрядчику все эти положения нивелируются. Кроме того, субподрядчик лишается возможности выдвигать возражения против заказчика, основанные на договоре субподряда, поскольку основанием предъявления иска будет не нарушение договора, а деликт. Деликтное право буквально поглощает положения договора, выработанные сторонами.

Во-вторых, происходит перераспределение рисков, выстроенных за счет системы договорных связей. Заказчик как разумный и осмотрительный участник оборота должен был тщательно относиться к выбору генподрядчика в качестве своего контрагента. Именно заказчик является лицом, на котором лежит риск невозможности взыскания убытков с генподрядчика, в том числе и в случае его банкротства или ликвидации.

В качестве контраргумента могло бы быть выдвинуто то обстоятельство, что в случае ликвидации генерального подрядчика уже некому будет предъявить иск к субподрядчику и последний, нарушив договор, не понесет никакой ответственности за это. В результате имущественная сфера заказчика так и останется невозстановленной, а субподрядчик неосновательно обогатится за счет заказчика. Однако это вполне объяснимо с точки зрения риска выбора контрагента, хотя нельзя не признать, что такое решение является довольно жестким. Этот контраргумент может быть опровергнут и исходя из постулата о том, что основной целью деликтного права является не наказание и превенция, что характерно для уголовной и административной ответственности, а компенсация. И, конечно же, определенная несправедливость, которая видится в описанной ситуации, не идет ни в какое сравнение с последствиями допущения деликтного иска, которые были описаны выше.

Таким образом, представляется, что деликтный иск заказчика к субподрядчику о взыскании чисто экономических убытков допускаться не должен. Исключением мог бы стать некий деликтный иск, учитывающий ограничения ответственности, содержащийся в обоих договорах. Однако сохранит ли он при этом свою деликтную природу? Вероятно, ответ будет отрицательным.

2. Иск заказчика к субподрядчику допускается как договорный.

Предоставление такого иска являлось бы исключением из принципа относительности договорных обязательств. Заказчик получал бы право требовать надлежащего исполнения обязательства по договору, стороной которого он не является.

При этом было бы несправедливо не учитывать ограничения ответственности, установленные в договоре генподряда, поскольку в противном случае заказчик мог бы получить больше, чем рассчитывал изначально.

Таким образом, при самом первом приближении такой договорный иск представляется допустимым, если он учитывает ограничения ответственности, установленные каждым из договоров в цепочке, поскольку это не приводит к игнорированию воли сторон. Кроме того, этот подход позволяет разрешить несправедливую ситуацию, которая выдвигалась в качестве контраргумента относительно недопущения деликтного иска заказчика к субподрядчику.

Вместе с тем предоставление договорного иска вызывает ряд проблем, которые требуется разрешить, прежде чем отдавать предпочтение этой модели.

Во-первых, отдельные соображения должны быть высказаны касательно условия о применении права и положения о разрешении споров, которые могут отличаться в договоре генподряда и субподряда. Очевидно, что применить их одновременно нет никакой возможности. При самом первом приближении представляется, что должны применяться положения договора субподряда, поскольку прямой договорный иск предоставляется как своеобразная льгота, послабление для заказчика, и это не должно приводить к неудобствам для субподрядчика. Однако данная проблема требует более основательного анализа.

Во-вторых, если третье лицо (заказчик) обладает правом взыскать убытки за ненадлежащее исполнение договора, т.е., по существу, потребовать надлежащего исполнения договора субподрядчиком, может ли заказчик реализовывать иные права по этому договору? Управомочен ли заказчик расторгнуть договор при возникновении соответствующих оснований для этого у генподрядчика и как в таком случае будут решаться вопросы о последствиях расторжения? Вправе ли заказчик давать указания субподрядчику о выполнении работ? Поэтому особое значение приобретает грань между восстановлением имущественной сферы заказчика особым договорным иском в исключительном случае и превращением заказчика в сокредитора генподрядчика.

Таким образом, отдавать предпочтение этой модели можно лишь в том случае, если будет найдено решение обозначенных выше проблем.

3. Иск заказчика к субподрядчику не допускается ни как деликтный, ни как договорный.

Эта модель является наиболее жесткой по отношению к заказчику, но между тем это довольно простой способ избежать катастрофических для договорного права последствий, описанных в первой модели, а также сложностей и допущения исключения из принципа относительности во второй модели.

4. Иск заказчика к субподрядчику допускается как альтернативный - деликтный или договорный в зависимости от выбора заказчика.

Это решение сочетает в себе плюсы и минусы, уже описанные в первой и второй моделях. В целом при ограничении как деликтного, так и договорного иска положениями обоих договоров в цепочке практическая разница между ними сводится к минимуму, если только правовая система не устанавливает различных правил о распределении бремени доказывания, стандартов определения наличия причинно-следственной связи, исковой давности для деликтного и договорного требования.

После того как были рассмотрены возможные пути решения поставленного вопроса на теоретическом уровне, необходимо обратиться к тому, как подходят к этой проблеме зарубежные правовые порядки.

Исходя из проведенного выше анализа проблемы допущения взыскания чисто экономического вреда в различных правовых системах можно было бы сделать вывод о том, что во Франции заказчик мог бы претендовать на деликтный иск к субподрядчику благодаря широкой формулировке генерального деликта <1>. Казалось бы, этому абсолютно ничего не препятствует. Однако на самом деле ситуация не так однозначна. Вряд ли можно предположить, что французский правовой порядок мирится с негативными последствиями допущения деликтного иска, которые были описаны ранее.

<1> В частности, к выводу о допустимости такого иска во Франции см.: Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe. P. 385.

Для дальнейшего рассмотрения этого вопроса необходимо упомянуть еще одну важную черту французского деликтного права, а именно принцип некумуляции договорного и деликтного исков (*non-cumul principle de responsabilite delictuelle et contractuelle*) <1>. Согласно этому принципу деликтный иск не допускается, если стороны связаны договором. Это коренным образом отличается от германской и английской правовых систем, где существует конкуренция деликтных и договорных исков <2>.

<1> Этот принцип имеет несколько исключений, в частности, в случае совершения преступления и применения [Директивы ЕС](#) об ответственности изготовителя перед потребителем 85/374/ЕЕС, имплементация которой во Франции заняла 13 лет.

<2> Magnus U. Concurrent claims in Max Plank Encyclopedia for European Private Law. Vol. 1, Oxford, 2011. P. 346. Необходимо заметить, что предоставление деликтного иска при наличии договора, связывающего стороны, совсем не означает того, что он может быть использован, чтобы обойти положения договора. Chitty J. Chitty On Contracts, Sweet & Maxwell. 2011. par. 1 - 137 (английское право). Erman BGB, Verlag Dr. Otto Schmidt, 12. Auflage 2008. S. 278 (германское право).

Принцип *non-cumul* удачно балансирует широкую формулировку генерального деликта. При его отсутствии любое нарушение договора было бы деликтом и договорные обязательства не представляли бы никакой ценности. Представляется, что именно принцип *non-cumul* позволял французскому правопорядку глубоко не анализировать вопрос о том, какие обязанности, предусмотренные договором, являются по своей природе исключительно договорными, а нарушение каких может стать основанием для деликтной ответственности, в том числе и перед третьими лицами. Вопрос о природе иска отсекался на более ранней стадии анализа после установления того, что истец и ответчик связаны договором.

В то же время проблема усложнения социальных и правовых связей решалась за счет расширения сферы действия договорного права. Это происходило за счет конструкции договора в пользу третьего лица (*stipulation pour autrui*), прямых исков по гарантии в цепочке договоров (*actiones directes en garantie*), использования доктрины группы договоров <1>.

<1> Whittaker S. Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience. 15 Oxford J. Legal Stud. 327, 1995 (далее - Whittaker S. Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience). P. 337 - 357; Nicholas B. French Law of Contract. Butterworths, 1982. P. 172 - 177; Kotz H., Flessner A. European Contract Law. V. 1, Clarendon Press, Oxford, 2002. P. 254 - 257.

Первый из указанных механизмов позволял наделять третье лицо правами из договора на том основании, что его стороны сами прямо или косвенно предусмотрели это. При этом суды устанавливали косвенное наделение третьего лица правом из договора, не всегда основываясь на анализе воли сторон, а зачастую руководствуясь соображениями политики права. Однако необходимо заметить, что конструкция договора в пользу третьего лица не использовалась для решения проблем, возникающих в договорных цепочках, поэтому она неприменима к анализируемой нами ситуации.

Прямой иск по гарантии в цепочке договоров позволял предъявить иск конечным потребителем товара к изготовителю <1>. Это обеспечивало процессуальную экономию, снимало риск банкротства посредника с конечного потребителя. В то же самое время это делало ответственность производителя практически безвиновной. Он мог освободиться от ответственности, только если докажет, что вред возник по вине самого конечного потребителя. Конечный потребитель посредством такого иска мог взыскать и чисто экономические убытки.

Весьма интересно, что прямой иск мог быть использован не только о взыскании убытков, но и о расторжении договора. Наличие договорного иска в этом случае исключало деликтный в силу уже упомянутого принципа non-cumul. Поскольку договорный иск в подобной ситуации является исключением из принципа относительности, он требовал дополнительного теоретического обоснования. Таковым выступила доктрина так называемых акцессорных прав, согласно которой договорное право продавца потребовать возмещения убытков следует за вещью.

<1> Исключением являются случаи, предусмотренные [Директивой](#) ЕС об ответственности изготовителя перед потребителем 85/374/ЕЕС.

По аналогии этот договорный иск был распространен и на сферу строительства <1>. Конечный приобретатель объекта строительства или заказчик могли предъявить иск к любому лицу, принимавшему в нем участие на основании договора с заказчиком. Однако договорный иск заказчика к субподрядчику не допускался. Исключением являлся случай, когда субподрядчик является изготовителем дефектного товара, инкорпорированного в объект строительства, или передает собственность на него заказчику на основании договора купли-продажи или подряда.

<1> [Статья](#) [1792](#) Code civil // <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>.

Некоторые исследователи признавали подобное ограничение договорных исков на основании доктрины акцессорных прав неразумным. Вследствие этого была предложена концепция группы контрактов <1>. Она позволяла предъявить договорный иск при соблюдении ограничений ответственности, предусмотренных каждым из договоров в цепочке. Одно из дел, разрешенных на основании этой доктрины, как раз касалось подрядной цепочки, правда, причиненный вред не являлся чисто экономическим. Дальнейшее развитие концепции группы договоров могло бы привести к предоставлению заказчику договорного иска к субподрядчику. Однако впоследствии она была отвергнута Кассационным судом, поскольку не имела позитивного основания и была слишком расплывчатой <2>.

<1> Whittaker S. Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience. P. 354 - 357.

<2> Whittaker S. Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience. P. 357.

Таким образом, иск заказчика к субподрядчику остался в деликтной сфере, за исключением случая, указанного при рассмотрении договорного иска по гарантии.

В этой связи вопрос о том, может ли заказчик предъявить деликтный иск к субподрядчику, основанием которого будет нарушение договора субподрядчиком, остается открытым. Неужели французский правопорядок настолько либерален, что допустит подобный иск, не принимая во внимание те негативные последствия, о которых не раз говорилось выше? Несмотря на широкую формулировку генерального деликта, это не совсем так.

Среди французских теоретиков до сих пор не утихает дискуссия о том, может ли являться нарушение договора основанием для деликтного иска, или требуется особое нарушение, отделимое от нарушения договора. Это порождает и нестабильность судебной практики по этому вопросу. Так, коммерческая палата Кассационного суда придерживалась и продолжает придерживаться точки зрения о том, что требуется нарушение отделимое от договора (faute detachable du contrat) <1>, в то время как гражданская палата допускала тот факт, что любое

нарушение договора может быть деликтом, и не требовала предоставления доказательств наличия дополнительных оснований <2>. Казалось бы, противостояние было разрешено в 2006 г. на Пленарном заседании Кассационного суда, принявшего сторону гражданской палаты <3>. Это решение вызвало волну критики со стороны теоретиков <4>. При этом коммерческая палата осталась при своем мнении, что подтверждает более поздняя судебная практика <5>. Более того, при масштабной реформе французского гражданского законодательства предлагалось дополнить ФГК ст. 1234, которая, по существу, воспроизводит позицию коммерческой палаты <6>.

<1> Cour de cassation, chambre commerciale, le 17 juin 1997. Такую позицию, в частности, разделяет близкий к французскому бельгийский правопорядок.

<2> Cour de cassation, 1re chambre civile, le 18 juillet 2000 et Cour de cassation, 3e chambre civile, 5 fevrier 1992.

<3> Arrêt n 541 du 6 octobre 2006. Cour de cassation - Assemblee pleniere.

<4> "La responsabilite du debiteur a l'egard du tiers auquel il a cause un dommage en manquant a son obligation contractuelle", - Genevieve Viney, Professeur emerite a l'Universite Paris I-Pantheon-Sorbonne Recueil Dalloz, 2006; "Relativite de la faute contractuelle, le retour?" - Denis Mazeaud, Professeur a l'Universite Pantheon-Assas (Paris 2), Recueil Dalloz 2017.

<5> Ibid.

<6> <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2016/07/25/la-responsabilite-des-contractants-a-legard-des-tiers/>.

В свете изложенного представляется, что деликтный иск заказчика к субподрядчику о взыскании чисто экономических убытков не будет допускаться. Другое дело, если субподрядчик при выполнении своих договорных обязанностей причинит вред имуществу или здоровью заказчика, поскольку эти обстоятельства могут быть основанием для самостоятельного деликтного иска. В то же время возникает проблема определения того, что является нарушением, отделимым от договора в пограничных ситуациях, например, нарушение информационных обязанностей, предусмотренных договором, случаи профессиональной ответственности. Это чем-то напоминает установление duty of care в системе общего права. Как уже отмечалось ранее, в силу действия принципа non-cumul во Франции не сложилось судебной практики, которая могла бы стать фундаментом для четкого разграничения договорных и внедоговорных обязанностей в этом случае.

В немецком правопорядке заказчику не будет предоставлено право деликтного иска к субподрядчику. Причиной тому узкая формулировка § 823(1) ГГУ, согласно которой чисто экономические интересы не подлежат защите деликтным иском. Тем не менее защиту интересов заказчика в этой ситуации мог бы обеспечить договорный иск, основанный на доктрине договора с защитным эффектом в пользу третьих лиц (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte). Для его удовлетворения требуется соблюдения ряда условий <1>: должна существовать тесная связь между третьим лицом и предметом договора, стороны договора должны иметь законный интерес в обеспечении благополучия третьего лица, лицо, которое допустило нарушение договора, причинившее вред третьему лицу, должно осознавать, что оно способно было такими действиями причинить этот вред, третье лицо не имеет иных способов защиты. Однако, как указывается в литературе, судебные решения, подтверждающие использование этого иска, отсутствуют. В качестве причины называют общепринятую практику включения в договор генерального подряда положения о том, что генеральный подрядчик уступает заказчику требования по гарантии качества к субподрядчику <2>.

<1> Bussani M., Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe. P. 397 - 398.

<2> Markesinis B.S., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise. P. 209.

В английском праве по общему правилу субподрядчику не вменяется duty of care касательно чисто экономических убытков по отношению к заказчику. Если участниками этих правоотношений являются предприниматели, то деликтные иски заказчика к субподрядчику отклоняются с неизбежностью. Вместе с тем набор исключительных обстоятельств может изменить решение суда. Так произошло в знаменитом деле Junior Books Ltd. V. Veitchi Co Ltd. Согласно его фабуле полы, установленные субподрядчиком, оказались дефектными и требовали замены. Заказчик обратился с иском к субподрядчику о взыскании стоимости замены полов. Суд удовлетворил иск заказчика. Особый интерес среди специфических обстоятельств, склонивших чашу весов на сторону заказчика, вызывают следующие: субподрядчики были выбраны генеральным подрядчиком с согласия заказчика, отношения между заказчиком и субподрядчиком можно охарактеризовать почти как договорные (здесь усматривается некоторое пересечение с договорным решением проблемы в Германии), субподрядчики предвидели несение заказчиком убытков вследствие нарушения договора. Решение по этому делу никогда не было отменено, но тем не менее в последующем дела, основанные на таких же "специфических обстоятельствах", были разрешены противоположным образом <1>.

<1> Bailey J. Construction Law. Informa law. Oxon, 2011. P. 771.

Таким образом, анализ правового регулирования в различных правовых порядках показывает, что право деликтного иска в таком случае не предоставляется. Это подтверждает соображения, высказанные на этот счет ранее.

Теперь обратимся к российскому правовому порядку. Более всего он близок к французскому: широкая формулировка генерального деликта в сочетании с принципом некумуляции исков <1>.

<1> Принцип некумуляции действует за рядом определенных исключений, предусмотренных в специальных деликтах. Российское гражданское право: В 2 т. Обязательственное право: Учебник. 2-е изд., стереот. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011. Т. 2. С. 537 (СПС "КонсультантПлюс"); [Определение](#) ВС РФ от 18.05.2015 N 305-ЭС14-6511 по делу N А40-134251/2012 (Судебная коллегия по экономическим спорам); [Определение](#) ВС РФ от 03.12.2013 N 78-КГ13-37; [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 18.06.2013 N 1399/13 по делу N А40-112862/11-69-982; [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 03.06.2014 N 2410/14 по делу N А41-2321/13; [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 04.06.2013 N 491/13 по делу N А40-1363/12-55-12; [Определение](#) ВС РФ от 18.12.2001 N 46-В01-6.

Формально [ст. 1064](#) ГК РФ допускает возмещение чисто экономического вреда. Она говорит о вреде имуществу. Так как под ним понимается разность между материальным положением до причинения вреда и после <1>, он включает в себя и чисто экономический вред. О возможности взыскания чисто экономического вреда свидетельствует и специальный деликт о возмещении вреда лицам, понесшим ущерб в результате смерти кормильца ([ст. 1088](#) ГК РФ), - разновидность так называемого рикошетного чисто экономического вреда.

<1> [Гражданское право](#). В 2 т. / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 2. С. 1082; [Определение](#) ВС РФ от

27.01.2015 N 81-КГ14-19 (Судебная коллегия по гражданским делам).

Анализ судебной практики показывает, что в некоторых случаях возмещение чисто экономического вреда допускается <1>, хотя существует и масса противоположных решений <2>. Необходимо обратить внимание на то, что эти дела относятся к первой группе ключевых вопросов, которые скрывает от нас категория чисто экономического вреда, а именно к проблемам причинно-следственной связи. Отсутствие единства судебной практики в этой группе можно объяснить тем, что установление причинно-следственной связи зависит от конкретных обстоятельств дела. Поэтому наличие противоположных решений вполне естественно. Опасения же вызывает то, что суды никак не обосновывают наличие/отсутствие причинной связи. Это создает правовую неопределенность для участников гражданского оборота.

<1> Решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.11.2012 N 118-4334026 по делу N А40-107976/12-118-974 (в результате повреждения ответчиком электрокабеля при нарушении правил работ на строительной площадке АЗС понесла упущенную выгоду за время простоя; она рассчитывалась исходя из суточного размера прибыли АЗС); [Постановление](#) Шестого арбитражного апелляционного суда от 29.12.2015 N 06АП-6731/2015 по делу N А04-5865/2015 (отключение контактной электрической сети троллейбусов в результате земляных работ ответчика повлекло простой троллейбусов истца; упущенная выгода рассчитывалась из усредненного значения данных о количестве перевезенных пассажиров в период ограничения электроэнергии); решение Арбитражного суда Саратовской области от 24.08.2016 по делу N А57-17905/2015 (проведение ответчиком ремонтных работ теплотрассы, в результате которых было закрыто движение на маршрутах городского электротранспорта; упущенная выгода определялась на основании экспертизы).

<2> [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 16.06.2011 N Ф09-3245/11-С2 по делу N А50-15933/2010; [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 04.03.2008 N Ф09-961/08-С4 по делу А50-8270/2007-Г10; [Постановление](#) Арбитражного суда Северо-западного округа от 01.09.2011 по делу N А05-189/2011.

Что же касается второй группы (проблемы разграничения договорной и деликтной ответственности), то судебная практика весьма немногочисленна. Одно из найденных дел касалось ответственности оценщика. В нем было отказано в возмещении чисто экономического вреда лицу, которое не было связано с оценщиком договором, но при этом полагалось на его недостоверный отчет. Причиной отказа стало отсутствие противоправности, поскольку суд установил, что оценщиком не были нарушены стандарты оценочной деятельности <1>. Отказывается в возмещении чисто экономического вреда и когда конечный приобретатель товара в цепочке договоров поставки предъявляет иск не к своему контрагенту, а к изготовителю, если товар предназначен для использования в предпринимательских целях <2>. Аргументация судов сводится к констатации того, что указанный случай не подпадает под специальный деликт (ст. 1095, 1096 ГК РФ). При этом не объясняется, почему не подлежит применению норма о генеральном деликте (ст. 1064 ГК РФ). Определенное замешательство у суда вызвал случай, когда закон устанавливает публичную обязанность по обеспечению безопасности товара как на поставщика, так и на изготовителя. Суд, руководствуясь нормой публичного права, установил солидарную ответственность производителя и поставщика, удовлетворив иск конечного приобретателя <3>. Тем не менее из [Определения](#) ВС РФ по этому делу следует, что такая правовая позиция не является верной, хотя и не повлекла принятия неверного решения по существу <4>. Таким образом, в этой группе дел можно отметить следующие особенности. Во-первых, очень узкое понимание противоправности (как нарушение положения того или иного нормативно-правового акта), что противоречит принципу генерального деликта. А во-вторых, отсутствие обоснования, почему в этих случаях деликтный иск не может быть предъявлен, хотя формально ст. 1064 ГК РФ этому не препятствует. Вопрос о возможности отступления от принципа

относительности и предоставлении конечному приобретателю договорного иска даже не обсуждается. Отсутствие каких-либо обоснований оставляет вопрос открытым, хотя и сложилась явная тенденция по отклонению подобных исков.

<1> [Определение](#) ВС РФ N 310-ЭС15-11302 по делу N А09-6803/2014.

<2> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 22.06.1999 N 612/99; [Постановление](#) ФАС Западно-Сибирского округа от 20.01.2009 N Ф04-8211/2008(18947-А03-13) по делу N А03-8568/2007; [Постановление](#) Арбитражного суда Московского округа от 28.01.2015 N Ф05-13214/2012 по делу N А40-84472/12-161-782; [Определение](#) ВС РФ от 13.05.2015 N 305-ЭС15-4498 по делу N А40-84472/12.

<3> [Постановление](#) Десятого арбитражного апелляционного суда от 17.09.2015 N 10АП-7004/2015 по делу N А41-5917/2015 (в этом деле конечный приобретатель-предприниматель предъявил требование о возмещении убытков солидарно как своему контрагенту-поставщику, так и производителю).

<4> [Определение](#) ВС РФ от 09.06.2016 по делу N 305-ЭС16-1712, N А41-5917/2015 (отсутствие негативных последствий, связанных с применением ошибочной правовой позиции обусловлено заменой ответчика, которым стало лицо - правопреемник двух первоначальных ответчиков).

Судебных решений, в которых заказчик пытался предъявить деликтный иск субподрядчику, основанием которого было бы нарушение субподрядчиком своих обязательств по договору субподряда, повлекшее возникновение чисто экономических убытков у заказчика, найдено не было. Тем не менее с большой долей вероятности в таком иске будет отказано. Этот вывод основывается на том, что в аналогичных случаях с цепочками договоров поставки сложилась стабильная отрицательная практика. Кроме того, было найдено судебное решение, в котором рассматривалась зеркальная ситуация. По обстоятельствам дела структура договорных связей была такой же, как в нашем примере, но деликтный иск был предъявлен не заказчиком к субподрядчику, а субподрядчиком к заказчику. Свой иск о взыскании убытков субподрядчик обосновывал тем, что в результате передачи договора генерального подряда по соглашению заказчика и генподрядчика, произошедшей, по мнению субподрядчика, с нарушением норм ГК РФ и договора, был досрочно расторгнут договор субподряда. Иск был заявлен именно как деликтный со ссылкой на [ст. 1064](#) ГК РФ. Требования субподрядчика были отклонены, что было вполне ожидаемо. Однако очень интересна аргументация, с которой в удовлетворении иска отказала каждая из инстанций. Суд первой инстанции <1> сослался на [п. 3 ст. 706](#) ГК РФ. Представляется, что эта статья неприменима, поскольку требование не было основано на договоре. Суд апелляционной инстанции <2> вышел из затруднительного положения, узко истолковав противоправность как нарушение требований закона или иного нормативно правового акта и указав, что нарушение договора не может быть основанием для деликта. Вполне понятно, почему нарушение договора не может быть основанием для деликта, если лицо, нарушившее договор, и лицо, претерпевшее ущерб, являются сторонами договора. Однако представляется, что ситуация не так однозначна, если лицо, потерпевшее ущерб, является сторонним по отношению к договору. Кроме того, такое узкое толкование противоправности противоречит принципу генерального деликта. Окружной суд, рассматривая дело в кассации <3>, попытался примирить это противоречие и указал, что, несмотря на отсутствие между субподрядчиком и заказчиком прямого договора подряда, их взаимоотношения регулируются нормами гл. 37 ГК РФ, поскольку построены по системе генерального подряда на основании ст. 706 ГК РФ. То есть отсутствие возможности предъявить договорный иск вследствие действия принципа относительности обязательства, конкретизацией которого является [п. 3 ст. 706](#), суд счел основанием для отказа в иске из деликта. Вместе с тем принцип относительности договорного обязательства никак не связан с возможностью предъявить деликтный иск. Основания для возникновения каждого из этих обязательств различны. Каждое из этих самостоятельных

обязательств является относительным, ни в коей мере не посягая на относительность другого. ВС РФ, рассматривая дело во второй кассации <4>, также иск отклонил, повторив аргументацию нижестоящих судов.

<1> Решение Арбитражного суда Оренбургской области от 21.09.2016 N А47-4831/2016.

<2> [Постановление](#) Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.01.2017 N 18АП-13869/2016.

<3> [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 19.05.2017 N Ф09-2417/17.

<4> [Определение](#) ВС РФ от 28.07.2017 N 309-ЭС17-11049 по делу N А47-4831/2016.

Таким образом, судебная практика свидетельствует о том, что деликтный иск исключается в подобной ситуации, хотя и не приводит убедительных тому оснований.

Договорный иск в рассматриваемой ситуации невозможен в связи с прямым указанием [п. 3 ст. 706](#) ГК РФ. Исключением является случай, когда оба договора (генподряда и субподряда) содержат положения о том, что субподрядчик несет ответственность за дефекты перед заказчиком <1>. Отказ в предоставлении договорного иска связан со строгим соблюдением принципа относительности договорного обязательства ([ст. 308](#) ГК РФ).

<1> Брагинский М.И., Витрянский В.В. [Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг](#). Изд. испр. и доп. М.: Статут, 2002. Кн. 3. С. 24 (СПС "КонсультантПлюс"); информационное [письмо](#) Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 N 51 "Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда"; [Постановление](#) Десятого арбитражного апелляционного суда от 09.11.2009 по делу N А41-21750/09.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что российское право придерживается третьей модели, а именно заказчику не предоставляется ни деликтный, ни договорный иск. С одной стороны, выбор этого варианта стоит приветствовать, поскольку он позволяет избежать опасностей, связанных с игнорированием воли сторон и несправедливым перераспределением договорных рисков при предоставлении деликтного иска. С другой - решение могло бы быть более сбалансированным. Следовало бы задуматься над тем, не стоит ли предоставить договорный иск заказчику к субподрядчику, когда у заказчика отсутствуют иные возможности по защите своих прав. Разумеется, такой иск может быть предоставлен с учетом ограничений, о которых говорилось ранее, в качестве исключения из принципа относительности договорного обязательства. Кроме того, необходимо поставить вопрос, с которым в конечном счете столкнулись французские исследователи: какое нарушение договора может одновременно являться деликтом, насколько нарушение должно быть делимым от договора, чтобы стать основанием для наступления деликтной ответственности?

В настоящей работе был проанализирован лишь один из примеров причинения чисто экономического вреда при реализации строительных проектов. Как указывалось в начале статьи, такие случаи вовсе не редки. Добавим к типичной договорной цепочке в подряде (заказчик - генподрядчик - субподрядчик) проектировщика, связанного договором исключительно с заказчиком. Должен ли допускаться деликтный иск генподрядчика к проектировщику о взыскании убытков, вызванных ненадлежащим исполнением генподрядчиком обязательств по договору вследствие реализации проекта, в котором допущена ошибка? Доведем строительный проект до его завершения и представим, что объектом строительства выступал офисный центр. Могут ли собственники помещений предъявить деликтный иск к генеральному подрядчику, требуя

возмещения убытков, вызванных некачественным выполнением работ? Будет ли такая модификация обстоятельств влиять на решение, предлагаемое в настоящей статье?

Все эти вопросы позволяют определить направления для дальнейших исследований.

М.И. ЛУХМАНОВ

ИНТЕРЕС ОСОБОГО ПРИСТРАСТИЯ: ЗАЩИТА СУБЪЕКТИВНОЙ НЕИМУЩЕСТВЕННОЙ ЦЕННОСТИ В ИМУЩЕСТВЕННОМ БЛАГЕ

Статья посвящена анализу концепции интереса особого пристрастия (*pretium affectionis*), под которым понимается неимущественная ценность определенного имущественного блага для его обладателя. Через обращение к этической эволюции общества и росту благосостояния людей обосновывается постепенная экспансия гражданского права за пределы чисто поимущественных отношений и включение в орбиту его регулирования отношений по защите неимущественных прав и нематериальных благ. На основе источников римского права, отечественного дореволюционного и современного зарубежного опыта выводятся понятие и признаки интереса особого пристрастия, рассматривается его правовая природа, основные случаи нарушения этого интереса и способы его защиты средствами гражданского права.

The Value of Special Affection: Protection of Personal Non-Material Value in Property

M.I. Lukhmanov

The paper analyses the concept of the value of special affection (*pretium affectionis*) which implies the non-property personal value of a thing put upon it by the feelings of its owner. The gradual expansion of civil law beyond purely proprietary relationships and inclusion of non-material values in its scope of regulation are justified through the reference to the ethical evolution of society and growth in people's prosperity. On the basis of Roman law sources, national pre-revolutionary and modern foreign experience the author considers the notion of the value of special affection, its features and legal nature, describes the widespread cases of its breach and basic applicable remedies available to its owner in civil law.

Введение. Развитие личности в гражданском праве

Право представляет из себя формальный регулятор отношений между людьми. Вступая в правоотношение, человек до известной степени утрачивает свою индивидуальность и примеряет на себя ряд заданных характеристик, по которым он определяется как **субъект** правоотношения. Эта совокупность формальных признаков в зависимости от характера правовой связи образует *status* лица (конституционно-правовой, гражданско-правовой, уголовно-правовой и т.д.), известный еще со времен римского права. Помимо классического разделения *status*'ов (*libertatis, civitatis, familiae*), человек как субъект права определялся в Риме такими незамысловатыми признаками, как пол, возраст, психическое и физическое здоровье, склонность к расточительству и религиозная принадлежность <1>. Современное право с определенными поправками недалеко ушло от этого формального предположения, поскольку важнейшим принципом построения современного общества выступает соблюдение правовой определенности, равенства всех перед законом и судом, чего невозможно добиться без формального приведения всех к общему знаменателю. Для разрешения сложных споров, в которых решающее значение приобретает оценка фактического поведения сторон, гражданское право в зависимости от правовой традиции создавало разнообразные фигуры "абстрактного человека" с заданным стандартом поведения: *bonus paterfamilias* - для римского права <2>, *reasonable person* - для англосаксонского правопорядка <3>, *optimale Beobachter* - в германском праве <4> и т.д. - некий идеальный, разумный, добросовестный человек, рачительный хозяин своего имущества и заботливый должник по отношению к своему кредитору.

<1> Подробнее см.: Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. V. М., Одесса, 2017. С. 233 - 237; Пухта Г.Ф. Курс римского гражданского права. Т. 1. М., 1874. С. 68 - 72; Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1. Общая часть. СПб., 1874. С. 20 - 21.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Римское частное право" (под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского) включен в информационный банк согласно публикации - Юристъ, 2004.

<2> Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М., 2014. С. 389 - 392.

<3> Для примера см. в деликтном праве: Peel W.E., Goudkamp J. Winfield and Jolowicz on Tort. London: Sweet & Maxwell, Thomson Reuters. 19th Ed. 2014. Para. 6 - 006.

<4> Для примера см. в договорном праве: Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd Ed. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006. P. 474 - 475.

Как писал И.А. Покровский, "такое оперирование с фигурой абстрактного, "гражданского" человека представляет естественный **вспомогательный прием** (выделено мной. - М.Л.) при построении норм гражданского права. Но этот прием может быть полезен лишь при одном непременном условии - чтобы не затерялось в памяти подлинное значение этого приема как только вспомогательного. Другими словами: чтобы за этим абстрактным, "гражданским" человеком не был забыт конкретный человек, живая человеческая личность <1>". Окинув взглядом прошедшие тысячелетия, нетрудно заметить, как один за другим вспыхивали в гражданском праве области, в которых конкретная человеческая личность прорывалась через формальную оболочку и заставляла правопорядок и охраняющий его орган - суд - учитывать свои индивидуальные качества во всей их неповторимости с тем, чтобы дать справедливое решение той или иной проблеме <2>. Нельзя допустить, чтобы человек для права превращался в **сумму своего имущества** с заранее заданными, вмененными ему потребностями и интересами. Человек в праве, и прежде всего частном праве, которое по степени невмешательства государства в чужие дела может быть в подлинном смысле названо "правом свободных людей", должен находить пространство для созидательной деятельности и употребления своих лучших качеств. Человек не может быть подчинен обороту - человек сам создает оборот своей созидательной деятельностью, поэтому общим правилом в отношениях между человеком и оборотом должно быть следующее: "Оборот - для человека, а не человек - для оборота". Однако нередко как в ставших классическими, так и в современных дискуссиях по поводу конкретных проблем гражданского права можно встретить постоянно повторяемые клише: "обороту так удобно", "для потребностей оборота", "защита оборота и его участников". Между тем в этот момент забывается, что сам же человек и является первоначалом оборота, и он не должен становиться к нему в подчиненное положение.

<1> Покровский И.А. Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права // Вестник гражданского права. 1913. N 4. С. 33.

<2> См. там же у И.А. Покровского эволюцию признания абстрактных обязательств, обязательств с неимущественным интересом и непоименованных договоров, эволюцию развития **угрозы** как основания для признания сделки недействительной - от абстрактной угрозы, направленной на среднего человека, не требующей от него особенной храбрости, но и не допускающей чрезмерной трусости, - до выработки критерия **реальности** угрозы с учетом

особенностей конкретной человеческой личности.

В нахождении баланса между идеей абстрактного человека во имя стабильности гражданского оборота и вниманием к интересам конкретной личности для наиболее полного охранения ее прав заключается одна из основных задач современного гражданского права. И если по-прежнему остается велико и оправдывает себя влияние фигуры абстрактного человека в отношениях чисто поимущественных, то в сфере защиты нематериальных интересов право не может не учитывать фигуру конкретной человеческой личности со всеми ее индивидуальными особенностями. Известно, что в Древнем Риме область неимущественных интересов, признаваемых и защищаемых правом, была совсем небольшой. Но проходят столетия, и вместе с культурным развитием общества и ростом материального благосостояния людей повышается значение идеальных потребностей, и все больше неимущественных интересов конкретной человеческой личности требуют от права своего признания и защиты <1>. Так было с областью прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации - так называемой интеллектуальной собственностью, неизвестной римскому праву. Тот же путь проделали и личные неимущественные права - право на имя, честь, достоинство, деловую репутацию и т.д. Постепенно гражданское право стало защищать - в широких или узких пределах - физическую человеческую целостность, а также душевные чувства и психическое равновесие, позволяя в разнообразных формах денежную компенсацию в случаях противоправного посягательства на тонкую человеческую организацию.

<1> "Средний "гражданский" человек рисуется как существо, живущее только интересами имущественными, как блаженной памяти бывший некогда в большом ходу "экономический человек". Но жизнь выросла уже из этого представления; нынешний, даже средний, шаблонный человек уже ценит известные неимущественные блага - имя, честь и т.д. - и требует для них какой-нибудь, хотя бы и несовершенной, охраны. И чем далее, тем более эти запросы будут расти". Покровский И.А. Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права. С. 39 - 40.

Настоящая работа посвящена еще одному аспекту защиты неимущественных интересов человеческой личности в гражданском праве. Речь пойдет о случаях нахождения человеком в имущественном благе особенной нематериальной ценности - так называемого интереса особого пристрастия. Известно, что то или иное благо - допустим, вещь, - может вовсе не иметь для оборота объективной рыночной стоимости, но быть бесценной для ее обладателя. Как же быть в ситуациях, когда некто злонамеренно жжет чужие письма и дневники, уничтожает свадебные фотографии или разбивает фамильную вазу, десятилетиями передававшуюся из поколения в поколение? Жизнь богата и на такие примеры, которые сразу не придут в голову. Так, однажды утром незадолго до нового? 2017 года 86-летняя жительница поселка в Тюменской области вышла во двор своего дома и обнаружила, что в ее палисаднике больше нет ели, которую они вместе с сыном посадили в 1965 г. <1> Оказалось, что дерево спилили местные власти и установили его на главной площади поселка к Новому году. Женщина, для которой ель была памятью об умершем несколько лет назад сыне, пожаловалась в полицию, но сейчас говорит, что у нее нет сил на разбирательства, поскольку сразу после происшествия с деревом у нее умер второй сын. Заместитель главы администрации района впоследствии указал, что дерево спилили из-за "несогласованности", а лицо, которое допустило данную несогласованность, привлечено к дисциплинарной ответственности. Позднее выяснилось, что чиновника оштрафовали на 5 тыс. руб. <2> Заместитель главы администрации района пообещал, что "в палисаднике по согласованию с собственником будут высажены новые зеленые насаждения", однако можно ли это назвать достаточным способом защиты нарушенных прав потерпевшей? И может ли в данной ситуации адекватно компенсировать нарушенный интерес простое возмещение убытков? <3>

<1> Подробнее см.: Тюменские власти похитили полувековую ель, которая напоминала ее хозяйке об умершем сыне. Дерево установили на поселковой площади к Новому году // Meduza // <https://meduza.io/feature/2016/12/07/tyumenskie-vlasti-spilili-el-uvazhaemoy-semi-chtoby-postavit-ee-na-ploschadi-k-novomu-godu> (дата обращения: 30 сентября 2018 г.).

<2> Подробнее см.: Тюменского чиновника оштрафовали на 5 тыс. рублей за срубленную ель пенсионерки // Meduza // <https://meduza.io/news/2016/12/16/tyumenskogo-chinovnika-oshtrafovali-na-5-tysyach-rublej-za-srublennuyu-el-pensionerki> (дата обращения: 30 сентября 2018 г.).

<3> Не забегая вперед, отметим, что в зарубежных правовых порядках рассматривалось сразу несколько похожих дел, и там было найдено гораздо более справедливое решение средствами частного права. Подробнее см. [подраздел 3 раздела II](#) настоящей работы.

В данной работе мы попытаемся разобраться в исторических корнях возникновения интереса особого пристрастия, дать его общее понимание и признаки, определить перечень условий и случаев, при которых этот интерес подлежит компенсации, а также способы, доступные гражданскому праву, которыми он может быть защищен. В процессе изложения мы обратимся к нашему отечественному опыту (главным образом дореволюционному), а также рассмотрим, как эта проблема разрешается в зарубежных правовых порядках (прежде всего в странах общего права, Франции и Германии).

I. ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ И ВВОДНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

1. Сложности терминологии

Термин "интерес особого пристрастия" представляет собой попытку дореволюционного цивилиста Е.В. Пассека наиболее точно передать на русском языке смысловые оттенки римско-правового понятия *pretium affectionis*. Последнее упоминается в источниках не так часто, чтобы можно было строго очертить его содержание <1>. Е.В. Пассек справедливо противопоставлял ценность особого пристрастия (*pretium affectionis*) понятию меновой ценности (*pretium commune*), описывая эту дихотомию так: "В громадном большинстве случаев именно она (меновая ценность или рыночная стоимость. - М.Л.) кладется в основание оценки объектов и прав при регулировании имущественных отношений; в отдельных случаях, однако, право может возвращаться к данному выше естественному понятию ценности и определять ее размеры не по рыночной стоимости объекта; оно может, в виде исключения, принимать во внимание то значение, которое придается обладанию им определенным лицом, данным субъектом. В таких случаях говорится о ценности особого пристрастия (*pretium affectionis*, *Affectionswert*, *prix d'affection*) и об интересе особого пристрастия (*Affectionsinteresse*, *interet d'affection*)" <2>.

<1> В литературе предпринимались попытки дать строгую дефиницию этому институту. См., например, определение М. Бартошека: "Pretium affectionis - более высокая цена для любителей, субъективная оценка вещи, не имеющая юридического значения при определении компенсации ущерба". Подробнее см.: Бартошек М. Римское право (понятия, термины, определения). М., 1989. С. 28. Определение Black's Law Dictionary: "Pretium affectionis - повышенная ценность вещи, основанная на пристрастиях ее владельца, возникшая из привязанности к ее свойствам или из ассоциаций, с нею связанных. Данная ценность обычно не учитывается при расчете убытков". Подробнее см.: Black's Law Dictionary. 10th Edition. 2014 // <https://itunes.apple.com/us/app/blacks-law-dictionary-10th-edition/id985199462?mt=8> (дата обращения: 30 сентября 2018 г.).

<2> Пассек Е.В. Неимущественный интерес в обязательстве. Юрьев, 1893. С. 14.

Интерес особого пристрастия в науке до сих пор недостаточно изучен и не вполне

сформировался как полноценный правовой институт, при этом, как мы в дальнейшем убедимся, он пробил себе дорогу в современные законодательства. Но, конечно, в силу обозначенных причин конкретное содержание и пределы его распространения различаются в отдельных правовых порядках, отсутствует и единство терминологии, так что о какой-либо преемственности говорить сложно. Мы обозначили изучаемое явление интересом особого пристрастия, отдавая дань римскому праву и дореволюционной отечественной цивилистике, которые служат для нас путеводной звездой и конечным ориентиром (но не догмой, имея в виду, что с тех пор многое изменилось), ибо в силу разнообразия проявлений этого института в отдельных правовых порядках под различными названиями и в составе более общих родовых понятий запутаться во всем этом очень легко. Мы не станем сковывать себя строгой терминологией и будем употреблять словосочетания "интерес особого пристрастия", "субъективная ценность", "неимущественная ценность", "нематериальная ценность" и аналогичные им как равнозначные, поскольку основная задача на данном этапе - на основе обобщенного сравнительно-правового и исторического опыта дать общее определение интересу особого пристрастия, выявить его ключевые признаки и установить подлинную правовую природу, чему и посвящена настоящий раздел.

2. Понятие субъективной ценности

Интерес особого пристрастия - это неимущественная ценность определенного имущественного блага для его обладателя. Субъективный или личный характер этой ценности обусловлен тем, что данное благо, составляющее объект обязательства, не имеет особенной сверхрыночной или внерыночной ценности ни для кого, кроме одного конкретного лица или малой социальной группы, для которой эта ценность является общей (семья, трудовой коллектив и т.д.). Такая особенная ценность возникает из явлений, для гражданского оборота чаще всего безразличных <1>, а потому она обыкновенно не влияет на рыночную стоимость данного блага: это сильные чувства привязанности и повышенной значимости, обусловленные теплыми воспоминаниями и светлой памятью, духовными символами, традициями, обычаями и прочими произведениями человеческой души, находящими сочувственный отклик в общественном сознании <2>.

<1> В отдельных исключительных случаях закон принимает во внимание подобные личные обстоятельства: например, для отмены дарения, кроме прочих условий, необходимо, чтобы вещь обладала для дарителя большой неимущественной ценностью (п. 2 ст. 578 ГК РФ). Здесь и далее, если не дается специальная сноска, все нормативно-правовые акты, отечественные и зарубежные, приводятся по данным СПС "КонсультантПлюс".

<2> Неоднократно указывалось в литературе, что капризы и прихоти, безнравственные чувства и интересы не защищаются правом, даже если они обеспечены неустойкой по взаимному соглашению. Недаром приведенное определение интереса особого пристрастия оканчивается тем, что интерес этот, даже доказанный, должен находить сочувственный отклик в общественном сознании. Это не должно, однако, приводить к тому, чтобы индивидуальный человек оказался задавлен общественной моралью, или, как выражался И.А. Покровский, человеческая личность была принесена в жертву абстрактному человеку - усредненному человеку оборота. Главным образом, приведенный критерий общечеловеческого сочувствия позволяет защитить наиболее значимые для всех ценности (светлую память, семейные символы, чувства привязанности, например, к погибшей собаке, которая для оборота тоже рассматривается в качестве вещи) и отсесть откровенно безнравственные интересы, порицаемые данным обществом. В науке справедливо отмечалось, что странно сначала давать правовую охрану чисто субъективным чувствам и интересам, а потом искать для них какое-то объективное мерло в виде "общественной значимости", "интереса, достойного правовой защиты" и т.д., ведь субъективный интерес на то и субъективный, что его значимость устанавливает для себя конкретный человек, а не постороннее общество (об этом см.: Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права.

Харьков, 1928. С. 190; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 117 - 118). Поэтому главная цель вводимого критерия общественного сочувствия - отсеивать откровенно безнравственное и порицаемое, а не устанавливать объективные стандарты для защищаемых неимущественных интересов. С.А. Беляцкин приводит интересную итальянскую судебную практику по данному вопросу: "При присуждении вознаграждения за нравственный вред итальянские суды не ставят во главу угла исследование внутренних мотивов, побуждающих истца требовать оценки на деньги своей чести. "Не может и не должен судья перестраивать психологию тяжущихся, - поучает приведенное решение флорентийского апелляционного суда, - он должен считаться только с важным интересом и, где таковой есть, признавать право". Подробнее см.: Беляцкин С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. М., 2005. С. 32.

Находимая в имуществе ценность особого пристрастия является **нематериальным благом**. Это утверждение нуждается в пояснении. Известно, что личные (неимущественные) права и нематериальные блага обладают свойством неотчуждаемости, кредиторы не могут обратиться на них взыскание, эти права и блага не могут переходить по наследству, они существуют до тех пор, пока существует их обладатель (хотя и охраняются после его смерти) и т.д. <1> Здесь же мы видим некое нематериальное благо, **сосредоточенное не в личности, а в имуществе и существующее постольку, поскольку существует это последнее**, хотя бы его обладатель продолжал потом жить и здравствовать. Затем, раз ценность особого пристрастия заключена в имуществе, то она вроде бы должна переходить к новому обладателю при его отчуждении, передаваться по наследству и т.д. Иными словами, налицо нематериальное благо, которое на первый взгляд совершенно выбивается из тех признаков, которые присущи таким признаваемым всеми нематериальным благам, как имя, честь, достоинство и т.д.

<1> Подробнее см., например: Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Т. 1. М., 1958. С. 224 - 227.

Но так кажется только на первый взгляд. На самом деле ценность особого пристрастия подчиняется всем вышеперечисленным признакам нематериальных благ. Эта ценность заключена не в имуществе, а в личности, но **по поводу имущества**. Потому что за ней скрываются обыкновенные человеческие чувства и переживания, добрая память, иные эмоции и свойства, которые могут возникать и существовать только в самой личности. Соответственно, если некое лицо продает свой дом, который застал детство еще его бабушки, то память об этом доме и нежные чувства остаются с его обладателем; для покупателя дома, совершенно постороннего человека, они ничего не значат. Кредиторы, обращая на этот дом взыскание, имеют в виду только его рыночную стоимость; забрать у владельца его воспоминания они не в состоянии, даже если бы все знали о них. Процедура наследования также никак напрямую не касается особой для лица сверхценности этого дома: дом может перейти его сыну, который с тем же благоговением относится к их "семейному гнезду", а может попасть в руки совсем далеких родственников или вовсе перейти в государственную собственность как выморочное имущество. Конечно, обладатель ценности особого пристрастия может сообщить ее другому лицу (отец может рассказать сыну всю историю их дома), но этот процесс остается за пределами права и не может им регулироваться.

Когда этот дом отчуждается или его продают за долги, домовладелец, конечно, лишается известной нематериальной ценности, поскольку не может более им пользоваться и вообще осуществлять все действия, которые в английском праве охватываются точным словосочетанием enjoying the property. Но во всех этих случаях речь идет об отчуждении **добровольном**: даже продажа за долги в некотором смысле будет отчуждением добровольным, поскольку непосильные долги собственник дома принял на себя по своей воле, согласившись отвечать по ним всем своим имуществом. Во всяком случае, такое отчуждение или лишение будет

правомерным. Поскольку ценность особого пристрастия сосредоточена в личности, а не в имуществе и отчуждение этого имущества было правомерным, то собственник дома не может в этой связи претендовать на что-то большее, чем стоимость, которую удастся за него выручить на соответствующем рынке <1>. Настоящая же работа посвящена случаям **недобровольного и противоправного** лишения ценности особого пристрастия и условиям, при наличии которых это нематериальное благо охраняется или должно охраняться конкретными средствами гражданского права <2>.

<1> За редчайшими исключениями, когда повышенную личную заинтересованность в благо проявляет его приобретатель (контрагент по сделке). Подробнее см.: [подраздел 4 раздела I](#) настоящей работы.

<2> Применительно к рассмотренному казусу с домом стоит обратить внимание еще на один случай компенсации интереса особого пристрастия, который не будет отражен далее в [разделе II](#) настоящей работы. Речь идет о принудительном выкупе зданий и сооружений при изъятии земельного участка для публичных нужд (в англосаксонском праве - the power of eminent domain). Знаменитое американское дело Kelo v. City of New London (2005), в котором владелицу небольшого розового домика на берегу реки принудительно лишили ее собственности ради передачи местных земель для целей экономического развития, как и некоторые другие похожие дела, породило дискуссию о необходимости особой защиты неимущественного интереса собственника в его жилище (так называемого home interest). Отмечается, что поскольку полностью отменить право публичной власти изымать недвижимость у частных лиц для общественно значимых целей невозможно, надо хотя бы предусмотреть выплату в пользу собственников жилья дополнительной компенсации, которая бы остановила государственные органы от необдуманных и не обусловленных реальной необходимостью решений, а для частных собственников служила бы утешением за потерянные чувства к собственному дому и причастности к местному сообществу. Подробнее см.: O'Mahony L.F., Sweeney J.A. (ed.). The Idea of Home in Law: Displacement and Dispossession. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2011. P. 80 - 83. Подробнейший разбор дела Kelo v. City of New London (2005) у нас см.: Будылин С.Л. This is America: Дело о розовом домике, или Реновация по-американски // https://zakon.ru/blog/2017/05/22/this_is_america_delo_o_rozovom_domike_ili_renovaciya_po-amerikanski (дата обращения: 30 сентября 2018 г.).

Лишение или умаление ценности особого пристрастия означает причинение лицу личного (неимущественного, нравственного) вреда, поскольку (1) для денежной оценки этого вреда отсутствуют объективные критерии и стандарты, а (2) вред этот причиняется именно личности, хотя бы и опосредованно - через обязательное причинение вреда имущественной сфере лица <1>.

<1> Доказательства этому утверждению будут приводиться далее. Такой подход не является единственным: так, для проекта Гражданского уложения Российской империи (далее - проект ГУ) рассматриваемый вред представляется **имущественным** исходя из того, что вред причиняется имуществу, а цена последнего составляется из рыночной и субъективной стоимости. Подробнее см.: [раздел II](#) настоящей работы.

Все эти правила усвоены далеко не всеми законодательствами, в которых право на компенсацию нарушенного интереса особого пристрастия вообще признается. Поэтому к вопросу о природе этого интереса мы еще будем возвращаться неоднократно.

3. Что может обладать субъективной ценностью

В немногочисленных работах по исследованию интереса особого пристрастия последний

рассматривается обычно применительно к вещам, но не раскрывается подробно, все ли вещи в рамках общепринятой цивилистической классификации способны обладать неимущественной ценностью и могут ли обладать этой ценностью какие-либо иные объекты гражданских прав (обязательств), помимо вещей.

Тот факт, что ценностью особого пристрастия могут обладать вещи, включая домашних животных <1> и овеществленные результаты работ <2>, не вызывает сомнений. Но нужно оговориться далее, что носителями неимущественной ценности могут быть только **индивидуально-определенные вещи**. Я.А. Канторович, возражая против компенсации нарушений неимущественных интересов, пишет, что здесь можно зайти совсем далеко и признать, что даже нарушение чисто имущественного обязательства способно причинять известный нравственный вред: простая неуплата по векселю может лишить его держателя возможности устроить свою жену в санаторий или на дачу, что причинит ему душевные страдания <3>. Однако в приведенном примере речь идет о нравственном вреде совсем иной правовой природы <4>. Деньги же как вещи, определенные родовыми признаками, не могут обладать субъективной ценностью, пока они не станут индивидуально-определенными вещами (например, старинные монеты или банкноты, купюра, на которой любимый человек оставил когда-то послание, и т.д.).

<1> Например, в канадском деле *Newell v. Canadian Pacific Airlines Ltd.* (1976) разрешался спор из договора авиаперевозки пассажира и его собак. В ходе воздушного рейса одна собака пассажира умерла, а другая была травмирована. Суд присудил авиаперевозчика к компенсации неимущественного вреда, приняв во внимание, что перевозчику было известно об особенной значимости питомцев для пассажира: последний предлагал перевозчику выкупить для себя и собак весь салон первого класса, однако получил отказ, в результате чего собаки не перенесли перелет в грузовом отсеке. Подробнее см.: Cassels J., Adjin-Tettey E. *Remedies: The Law of Damages*. 3rd Ed. Toronto: Irwin Law, 2014. P. 125, 261, 277 - 278.

<2> Как правило, речь идет о передаче подрядчику заказчиком своей вещи на обработку, совершенствование и т.д. Если же заключается договор подряда за создание новой вещи, то возникает вопрос: каким образом у заказчика может возникнуть интерес особого пристрастия к вещи, которой он до приемки никогда не владел (и которую до этого мог даже вовсе не видеть)? Далее, если мы станем на точку зрения (крайне дискуссионную), что право собственности на результат работ возникает первоначально у подрядчика, то применительно к нашей теме речь будет идти об интересе особого пристрастия к чужой вещи (поскольку заказчику не передано еще право собственности на нее). Данные затруднения объясняются не совсем удачным термином: действительно, "пристрастие" к вещи в такой ситуации у заказчика вряд ли может возникнуть. Но мы выяснили уже, что понятие интереса особого пристрастия скрывает за собой субъективную неимущественную ценность (значимость) блага для конкретного лица. И таким лицом может быть в том числе будущий обладатель данного блага, пусть он ранее еще им не обладал и даже вовсе его не видел. Ниже мы в этом убедимся: см. подробнее разбор дела *Ruxley Electronics and Construction Ltd v. Forsyth* (1996) в [подразделе 2 раздела II](#) настоящей работы.

<3> Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. С. 189 - 190.

<4> Моральный вред может быть причинен личности напрямую (нанесением вреда здоровью, оскорблением и т.д.) и опосредованно - через вторжение в имущественную сферу лица. Но чтобы говорить о нарушении именно интереса особого пристрастия, необходимо установить, что таковой по отношению к имущественному благу у потерпевшего реально сложился. Деньги как вещи, определенные родовыми признаками, не могут обладать субъективной ценностью (см. далее). Но надо заметить, что и без всякого интереса особого пристрастия моральный вред может быть причинен посредством простой неуплаты долга, и такой вред нередко может быть компенсирован, например, в отношениях с участием потребителей (ст. 15 Закона РФ от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей"). О правовой природе вреда,

причиненного нарушением интереса особого пристрастия, подробнее см. [подраздел 4 раздела I](#) настоящей работы.

Вопрос о том, могут ли обладать сугубо личной значимостью иные объекты обязательства, помимо вещей, например, деятельность по оказанию услуг, оставим в данной работе открытым. Известно, что само по себе нарушение обязательства по оказанию услуг может причинять неимущественный вред кредитору. Так, в английском деле *Jarvis v. Swans Tours Ltd.* (1973) <1> некачественно оказанные туристские услуги по сравнению с тем, что было гарантировано в брошюре, стали результатом испорченного отдыха. Суд присудил потерпевшему кредитору компенсацию неимущественного вреда. С одной стороны, данное дело сложно назвать примером защиты именно интереса особого пристрастия, поскольку, как кажется, никакого сугубо личного (субъективного) вреда кредитор не понес: фактически оказанные услуги не соответствовали условиям договора, что причинило бы нравственный вред любому другому человеку на месте истца. С другой стороны, суд особенно принял во внимание, что испорченный отдых являлся для потерпевшего единственным двухнедельным отпуском за целый год, в связи с чем обещанная услуга, без сомнения, обладала для него повышенной значимостью. Если бы потерпевший был каким-нибудь рантье, предоставленным самому себе и не испытывавшим недостатка в свободном времени, то исход дела мог быть совсем иным, а нарушенный интерес потерпевшего - удовлетворен простым восстановлением его имущественной сферы. Но в данном деле суд пришел к выводу, что простое взыскание договорной стоимости оказанных услуг или иных убытков само по себе еще не компенсирует весь понесенный потерпевшим вред, а потому присудил в его пользу дополнительную компенсацию неимущественного вреда.

<1> Beatson J., Burrows A., Cartwright J. *Anson's Law of Contract*. New York: Oxford University Press, 2010. P. 537.

Принципиальная возможность причинения неимущественного вреда вследствие некачественно оказанной услуги наводит на мысль, что равным образом допустимы ситуации, в которых бы этим нарушался интерес особого пристрастия. В шотландском деле *Diesen v. Samson* (1971) невеста взыскала компенсацию неимущественного вреда с фотографа, который не пришел на свадьбу, в связи с чем главное событие в жизни женщины осталось не запечатлено на профессиональную пленку и семья осталась без свадебных фотографий <1>. Этот пример показывает двуединую сущность интереса особого пристрастия: с одной стороны, эта ценность существует только для замкнутого круга лиц (в данном случае - молодожены, их ближайшие родственники), а с другой стороны, необходимость охранения этого интереса вполне осознается всем обществом (потому что для большинства людей их свадебные фотографии обладают особенной значимостью).

<1> Подробнее см.: Beatson J., Burrows A., Cartwright J. *Anson's Law of Contract*. P. 537. Другое похожее дело уже из канадской практики - *Wilson v. Sooter Studios Ltd.* (1988), в котором фотограф испортил свадебные фотографии. Истец требовал с ответчика возмещения расходов, которые ему придется понести для восстановления своего нарушенного права, а именно 7 000 долл. на проведение новой свадебной церемонии, чтобы сделать желанные фото. Суд с такой оценкой убытков не согласился и присудил компенсацию в размере 1 000 долл. (из которой 399 долл. - цена договора, остальное - компенсация неимущественного вреда), обосновав размер присуждения доктриной "излишка потребителя" (consumer surplus). Подробнее см.: Cassels J., Adjin-Tettey E. *Remedies: The Law of Damages*. P. 257 - 258. Данная доктрина объясняет идею интереса особого пристрастия с точки зрения экономической теории: подробнее о доктрине см. подраздел 2 раздела II настоящей работы.

4. Правовая природа вреда, причиняемого умалением субъективной ценности

Некоторые законодательства и ученые полагают <1>, что нарушение интереса особого пристрастия по сути своей является **имущественным** вредом, который должен возмещаться в составе убытков <2>. Такая позиция основана на двух утверждениях. Проверим их по очереди.

<1> Например, проект ГУ и его составители, а также **ABGB** (обычная и чрезвычайная цена). Подробнее см. [подраздел 2 раздела II](#) настоящей работы.

<2> При этом убытки здесь понимаются в привычном нам смысле **совокупности реального ущерба и упущенной выгоды**. Мы не рассматриваем институт убытков в том широком смысле, как он понимается в англосаксонском праве применительно к термину damages, а равно отвергаем теорию "убытков в широком смысле", которую описывал А.С. Кривцов: "Что же такое убыток **в широком смысле** (здесь и далее выделено мной. - М.Л.)? Под этим термином следует понимать удовлетворение, которое должно дать какое-либо лицо за вмешательство в чуждую ему юридическую сферу частного господства, насколько вследствие такого вмешательства нарушены блага **нематериального** характера, например, жизнь, здоровье, честь, свобода и т.д.". Такое понимание, конечно, упрощало бы нам нашу задачу, но оно прежде всего не свойственно нашей континентальной правовой традиции, а по гамбургскому счету вовсе является неверным, на что указывал сам А.С. Кривцов и о чем еще будет сказано. Подробнее см.: Кривцов А.С. Общее учение об убытках. Юрьев, 1902. С. 8.

1. Стоимость вещи составляет из рыночной цены и ценности особого пристрастия <1>.

<1> Еще Иеремия Бентам вдохновенно писал: "Все, чем я владею или на что имею титул, я полагаю в своем разуме предназначенным всегда принадлежать мне. Из этого складывается основа моих ожиданий и надежд людей, от меня зависящих; и я планирую свою жизнь соответствующим образом. Каждая составляющая моего имущества может иметь, по моей оценке, помимо собственной внутренней стоимости (intrinsic value), также стоимость особого пристрастия (value of affection)". Цит. по: Clarke A., Kohler P. Property Law: Commentary and Materials. New York: Cambridge University Press, 2005. P. 111.

Нужно заметить, что этот тезис в некоторых случаях совершенно правдив <1>. Например, предположим, что один приятель когда-то в молодости на празднике дома у своего друга познакомился с его доброй знакомой и протанцевал с ней весь вечер под музыку, записанную на старую виниловую пластинку. Затем они поженились и по прошествии лет вспомнили о музыке, которая их когда-то соединила. Между тем судьба давно развела этих друзей с тех пор, и они оказались на разных полюсах жизни. Один обратился к другому с просьбой отдать ему эту пластинку, готовый заплатить за нее любые деньги. Владелец пластинки мог бы с добрым чувством подарить ее своему счастливому в браке другу из прошлого, но он воспользовался создавшимся положением, выпросив за пластинку такую цену, за которую бы не продал ее ни одному перекупщику или коллекционеру винила. В такой ситуации понятно, что цена вещи сложилась из рыночной стоимости и ценности особого пристрастия. И таких примеров жизнь может подбросить немало, включая случаи, когда вещь и вовсе рыночной стоимости не имеет, а цена складывается только из субъективной значимости вещи для одного человека (какая-нибудь безделушка, ставшая талисманом для знаменитого спортсмена, и т.п.). Причем необязательно, чтобы вещь вовсе не имела аналогов и заменителей. Герой вышеописанного примера мог найти эту музыку множеством других способов, мог даже найти такую же виниловую пластинку. Но ему нужна была именно та, что играла в тот вечер, дома у его бывшего приятеля, а не любая другая из той же серии и партии <2>.

<1> Так, К.П. Победоносцев пишет: "Соображения о том, к чему может служить и чего стоит вещь на рынке, т.е. для всех потребителей вообще, ведут к определению только общей, рыночной цены; но не все потребители имеют в одной вещи одну и ту же нужду, спрашивают ее для одной и той же потребности. Одна и та же вещь у иных потребителей удовлетворяет более сложным, более тонким и настоятельным потребностям, чем у других. От этого различия зависит определение особой ценности, которую вещь имеет у известного лица или в известном классе потребителей". Подробнее см.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Третья часть. Договоры и обязательства. СПб., 1896. С. 187. Очень точное утверждение. Правда, затем автор там же оговаривается: "Кроме того, есть вещи, которые исключительно для своего владельца имеют достоинство и цену, совершенно независимо от рыночной цены, удовлетворяя особенной его потребности, случайной, умственной, нравственной или мнимой, неразрывно связанной с его личностью. Такое достоинство вещи, зависящее исключительно от личного сознания, не может быть определено внешнею (объективною) меркой и потому и не имеет вовсе юридического значения, в смысле гражданского права, хотя иные законодательства вмещают и его в категории ценностей (*prix d'affection, Affektionspreis*)". Опровержению этого последнего утверждения посвящена настоящая работа.

<2> А может быть, они договорятся так, что один выкупит у другого еще и старый проигрыватель, если он придавал той музыке особенное, неповторимое звучание. Правда, этот проигрыватель, на котором его владелец, будучи ребенком, каждый вечер слушал сказки перед сном, может иметь повышенную ценность и для него тоже, так что за рыночную стоимость он его точно не отдаст, даже не имея желания нажать на положении своего друга молодости.

Не подлежит сомнению, однако, что подобные примеры являются редчайшими исключениями. Мы выяснили, что интерес особого пристрастия - явление субъективное, т.е. носителем его является одно лишь лицо или небольшая группа людей. Этот интерес, обладание которым бесценно для одного лица, совершенно ничего не значит для всех остальных и потому не оказывает никакого влияния на цену. Цена же при прочих равных условиях (равновесии спроса и предложения, свободного обращения и т.д.) складывается из той **объективной полезности, какую вещь имеет для всех и каждого** (опять-таки при прочих равных условиях, имея в виду обычного человека; понятно, что слепому зеркало не нужно) <1>. Представление о цене как сумме рыночной стоимости (объективной полезности) и субъективной (индивидуальной) значимости поведет нас ложным путем и заставит прибегнуть к разным догматическим ухищрениям, поскольку мы станем утверждать, будто бы цена складывается из двух факторов, при этом в реальной жизни в подавляющем большинстве случаев значение для оборота имеет только один <2>. Хотя интерес особого пристрастия иногда увеличивает цену вещи, это лишь исключение, и приведенное утверждение нельзя принять за общее правило. Неправильно только утверждать, что интерес особого пристрастия вовсе не имеет значения для гражданского права <3>.

<1> Это правило осознавалось еще римскими юристами. Так, Павел писал: "Если ты убил моего раба, то я не думаю, что следует оценивать [личную к нему] привязанность; так же, как если кто-либо убьет твоего естественного сына (сына, рожденного от рабыни. - М.Л.), которого ты хотел бы купить за большую цену, то (подлежит уплате) столько, сколько он стоит для всех. Секст Педий говорит, что цены вещей определяются общим образом, а не в зависимости от привязанности или от их полезности для отдельных лиц. Поэтому тот, кто владеет естественным сыном, тем самым не будет более богат, потому что он выкупил бы его за огромную цену, если бы им владел чужой, а равным образом и тот, кто владеет чужим сыном, не будет иметь столько богатств, какие мог бы получить, продав его отцу" (D. 9, 2, 33). См. также развитие в D. 35, 2, 63: "Но и тот, кто владеет чужим сыном, не имеет столько, за сколько он может продать его отцу, и не нужно ждать, пока он его продаст, но (он) оценивается тотчас, не как чей-либо сын, но как человек". Применительно к

современному праву см. комментарий к Принципам европейского деликтного права (Principles of European Tort Law): "Термин "стоимость вещи" обыкновенно обозначает ее рыночную цену, какую бы заплатили за нее или аналогичную другую вещь независимые третьи лица". Подробнее см.: European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. Wien: Springer-Verlag, 2005. P. 168 - 169.

<2> Очень часто имущественные блага не имеют сверхценности для их обладателей (ценность их равняется рыночной стоимости), так что при таком дуалистическом подходе к цене нам бы всякий раз пришлось принимать неимущественную ценность за ноль. Но и кроме того, в рамках данной концепции сложно было бы объяснить некоторые казусы, например: для покупателя вещь имеет высокую субъективную значимость, но продавец о ней не знает и продает вещь по рыночной стоимости. Поэтому представление о цене как **всегда** совокупности двух факторов - меновой и неимущественной ценности - себя не оправдывает, по крайней мере с точки зрения практической жизни.

<3> См. цитату К.П. Победоносцева в сноске несколькими страницами ранее.

2. Вред причиняется имуществу потерпевшего, а не непосредственно личности.

Теперь выясним, чему или кому все-таки причиняется вред - имуществу или личности. В данной работе рассматривается проблема компенсации нарушенного интереса особого пристрастия, т.е. случаи, когда субъективная ценность блага утрачивается или существенно для потерпевшего понижается. Конечно, эти случаи невозможны без причинения вреда имуществу. Но можно ли на этом основании утверждать, что нарушение интереса особого пристрастия означает причинение имущественного вреда, вреда именно имущественной сфере кредитора? Нет, поскольку умалением субъективной ценности причиняется вред именно сфере человеческих чувств и переживаний - сфере нематериальной. Так что этот вред является неимущественным, т.е. моральным, хотя и необходимой предпосылкой его возникновения является причинение вреда чужому имуществу <1>. Говоря кратко, **вред причиняется личности, но опосредованно - через нарушение ее имущественной сферы <2>**.

<1> О том, что нарушением интереса особого пристрастия лицу причиняется именно моральный, а не имущественный вред, писали отдельные авторы уже в нашей дореволюционной литературе, см., например: Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. С. 17.

<2> В связи с этим представляется некорректным важный тезис, высказанный в комментариях к Принципам европейского деликтного права: "Неимущественный вред представляет собой такой вред, который не охватывает собой уменьшение имущества потерпевшего". Подробнее см.: European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. P. 172.

Таким образом, **лишение потерпевшего лица субъективной ценности, которую он находил в некотором имущественном благе, означает причинение ему неимущественного, морального вреда в виде нравственных страданий и переживаний.**

5. Кто может быть носителем интереса особого пристрастия

Поскольку мы выяснили, что нарушением интереса особого пристрастия причиняется моральный вред и затрагиваются нравственные чувства, то и носителем этого интереса по общему правилу может быть только человек - физическое лицо, которому эти чувства присущи.

Открытым остается данный вопрос применительно к индивидуальным предпринимателям,

коммерческим и некоммерческим организациям. Признание принципиальной возможности для юридического лица иметь по поводу какого-то объекта неимущественный интерес уводит нас в дискуссию о природе юридического лица: рассматриваем мы его только как персонифицированное имущество или признаем за правовой оболочкой интересы конкретных людей. Хотя и доказано, что индивидуальные предприниматели и юридические лица являются носителями некоторых охраноспособных нематериальных благ и неимущественных интересов (например, деловая репутация), имеются сомнения, что эти субъекты способны иметь, например, к вещи интерес особого пристрастия. Любопытно, что в англосаксонском праве взыскание компенсации за понесенные душевные переживания (*mental distress*) вследствие нарушения договора, преследующего удовлетворение чисто экономических интересов, исключено <1>. Можно ли равным образом утверждать, что и некоммерческим организациям, в чьей деятельности неимущественный интерес является основным, объективное право не позволяет иметь и защищать интерес особого пристрастия? Представляется, что если некоммерческая организация и может находить в каком-то объекте неимущественную ценность, то эта ценность будет носить не субъективный (личный или даже интимный) характер, как в случае с интересом особого пристрастия, а **характер общезначимый исходя из осуществляемой некоммерческой организацией общественно полезной деятельности**. Например, в случае поджога и разрушения детского дома, находящегося в оперативном управлении учреждения, неимущественный интерес в этом объекте, если мы его признаем, будет, по существу, публичным, а не сугубо личным интересом учреждения или собственника его имущества. Или представим, что подрядчик при реставрации зала Эрмитажа испортил старинную отделку и находящиеся там экспонаты так, что восстановить их уже невозможно. Наличие у этих объектов неимущественной сверхценности отрицать нельзя, но и ценность эта является публичной, т.е. вполне осознается всем обществом и не подпадает под критерии интереса особого пристрастия, заданные нами ранее, как интереса чисто личного.

<1> Elliott C., Queen F. Contract Law. Harlow: Pearson Education, 2011. P. 332 - 333; Palmer V.V. (ed). The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. P. 105. Приведенные источники оперируют термином *commercial contracts*, но буквальный его перевод в наших условиях может сузить его содержание до торговых посреднических сделок, что, конечно, совсем неверно. *Commercial contracts* противопоставляются договорам, которые всецело или в частности направлены на удовлетворение каких-либо неимущественных интересов его сторон или одной стороны, а не сосредоточены на одних только экономических потребностях. Подробнее см. [подраздел 2 раздела II](#) настоящей работы в части стран общего права.

Неимущественный интерес какого-нибудь товарищества или кооператива по поводу некоего имущественного блага, даже если такой интерес мог сложиться, представляет собой субъективный интерес конкретных людей - участников, органов, работников - по поводу этого блага. Ведь участники, органы и работники со своими разными неимущественными интересами могут меняться, а юридическое лицо остается. Вопрос только в том, от чьего имени и кем этот интерес должен защищаться - от имени этих людей юридическим лицом или от имени юридического лица этими людьми. С материально-правовой точки зрения раз обладателем имущественного блага, которому был причинен вред, на том или ином праве является юридическое лицо, то это последнее и должно быть истцом (признаваться потерпевшим от нарушения). Однако природа интереса особого пристрастия и вреда, который причиняется его умалением, от этого не меняется, поэтому **самостоятельного** интереса особого пристрастия юридическое лицо иметь не может.

В связи с этим приходим к выводу, что носителем интереса особого пристрастия может быть только человеческая личность, действующая в правовом поле под разными оболочками, будь то физическое, юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. Последние двое (в том

числе некоммерческие организации) как самостоятельные субъекты гражданского права могут выступать носителями тех или иных собственных неимущественных интересов, но нет оснований признать за ними право на интерес особого пристрастия как сугубо личную ценность, связанную с особенностями человеческой психики.

6. Исторические и догматические корни возникновения проблемы, ключевые аргументы оппонентов

Вопрос об интересе особого пристрастия самым тесным образом связан с проблемой неимущественных интересов вообще, их признания и защиты гражданским правом. В свою очередь, это неминуемо приводит нас к более общей дискуссии о предмете гражданского права. Нетрудно заметить, что немалая часть ученых, в том числе классиков, выступавших против, например, признания обязательств на действия неимущественные, против компенсации морального вреда и т.д., в своих трудах ограничивала область регулирования гражданского права отношениями только имущественными. Эта позиция получила распространение главным образом в германской цивилистике среди исследователей современного римского права <1>, однако и на этой территории она встречала сильный отпор именитых ученых <2>. С началом работ по подготовке проекта ГУ эта дискуссия перенеслась и на нашу почву. У нас взгляд на гражданское право как на право чисто имущественных отношений отстаивался прежде всего Д.И. Мейером и К.Д. Кавелиным <3>, которым противостояли С.В. Пахман <4>, А. Пестржецкий <5> и др. Позднее уже цивилисты нового поколения высказались решительно в пользу признания и защиты неимущественных интересов средствами гражданского права <6>. Дискуссия о предмете этой отрасли продолжилась и в советское время, тем более, что сам закон подавал поводы для ее продолжения <7>.

<1> См., например: Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. I. М., 2011. С. 278 - 279, 286 - 289, 456 - 464; Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1. Общая часть. С. 82 - 91.

<2> Среди них Р. Иеринг, Й. Колер и О. Гирке. Подробнее см.: Иеринг Р. Интерес и право. Ярославль, 1880. С. 31 - 102; Бернгефт Ф., Колер Й. Гражданское право Германии. СПб., 1910. С. 93 - 111, 201 - 203; О позиции О. Гирке подробнее см.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. СПб., 1911. С. 83; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 119 - 122.

<3> Эти ученые в основном воспроизводили мнение своих германских коллег. Подробнее о дискуссии см.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. С. 86 - 87; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 5 - 7.

<4> Пахман С.В. О значении личности в области гражданского права // Журнал гражданского и уголовного права. 1883. Кн. 1. С. 1 - 32.

<5> Пестржецкий А. Процесс об убытках // Журнал гражданского и уголовного права. 1873. Кн. 2. С. 90 - 128; Журнал гражданского и уголовного права. 1873. Кн. 3. С. 38 - 74.

<6> Не будет большим преувеличением сказать, что все научное наследие И.А. Покровского пронизано идеей необходимости защиты конкретной личности силами гражданского права, в том числе ее неимущественных прав и интересов: различные работы автора приводятся на всем протяжении настоящего исследования. Помимо И.А. Покровского, см. также: Пассек Е.В. Неимущественный интерес в обязательстве; Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. С. 85 - 94; Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. 1. Киев, 1917. С. 64 - 67; Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. Против признания и защиты неимущественных интересов гражданским правом высказывался (неожиданно) Г.Ф. Шершеневич. Его аргументами были: 1) отсутствие у гражданского права способов защиты неимущественного

интереса кредитора; 2) там, где допускается денежная компенсация нравственного вреда (Франция, Англия и т.д.), царит судебный произвол, так как невозможно объективно оценить на деньги неимущественный интерес. При этом, если обязательство на действие неимущественное подкреплено неустойкой, оно действительно. На странность этого аргумента указывал И.А. Покровский: действительность главного обязательства не может зависеть от наличия акцессорного обязательства - наоборот, если недействительно обязательство с неимущественным содержанием, то должно быть недействительным и обязательство о неустойке. Аргументы Г.Ф. Шершеневича являются весьма распространенными и будут разобраны далее. Вопросы признания и защиты гражданским правом таких неимущественных прав, как право на свободу, на честь, Г.Ф. Шершеневич считал спорными и высказывался по поводу них, скорее, отрицательно. Собственно говоря, из всех личных неимущественных отношений в предмет гражданского права ученый включал только отношения семейные. Сегодня такая точка зрения не может быть принята. Подробнее см.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 5 - 7, 70 - 71, 387 - 390, 528, 572 - 573.

<7> Так, в ГК РСФСР 1922 г. отсутствовали нормы о защите неимущественных прав и нематериальных благ. О советском подходе к рассматриваемой теме подробнее см. [подраздел 6 раздела I](#) настоящей работы.

Выше уже отмечалось, что развитие человеческой личности, осознание ею своей самоценности, с одной стороны, культурное и нравственное развитие всего общества - с другой, должны были привести гражданское право к принятию под свою защиту все большего числа самых разнообразных неимущественных интересов. Смотря сегодня на закрепление в гражданских кодексах прав на имя, честь и достоинство, деловую репутацию, института морального вреда, целой подотрасли прав на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, включающей в себя права неимущественные, можно констатировать победу прогрессивного взгляда на предмет гражданского права, но этим нельзя ограничиться. Еще раз вспомним и обобщим ключевые аргументы противников защиты гражданским правом неимущественных прав и интересов, поскольку большинство этих ученых такими же самыми аргументами пользовались в своих выступлениях против признания и компенсации ценности особого пристрастия; эти же аргументы, есть уверенность, вновь придут на ум критикам компенсации субъективной ценности сегодня.

1. Гражданское право регулирует только имущественные отношения.

Данный довод берет свое начало из нескольких общих изречений римских юристов, например: "Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt <1>" (D. 40,7,9,2). Но величие римского права заключается не в абстрактных утверждениях и определениях, а в богатом объеме дошедших до нас конкретных правовых проблем - казусов - и приемах их решения, выработанных римской юриспруденцией <2>. Приводя эту фразу из источников, ее апологеты обычно не учитывают, что римское право на самом деле признавало некоторые неимущественные интересы и даже выработало любопытные способы их защиты <3>. Интерес особого пристрастия в римском праве, по-видимому, не принимался в расчет убытков <4>. И поскольку мы выяснили, что субъективная значимость, за редким исключением, не влияет на объективно определяемую цену имущества, подход римских юристов представляется совершенно верным. Но неправильно было бы полагать, что интерес особого пристрастия оставался в римском праве вовсе без защиты: он мог компенсироваться особенными, присущими именно римскому правопорядку способами <5>.

<1> "Только то может быть предметом обязательства, что может быть выплачено деньгами".

<2> "Римское право в своей целостности задает такой высокий уровень культурного развития, что оно навеки сохранит свою роль модели рационального разрешения юридических конфликтов.

Поднимаемые римскими юристами проблемы, предлагаемые аргументы и найденные ими решения спустя века во многих отношениях сохраняют свою актуальность и образовательную ценность. Анализируя емкие живые высказывания Цельсия или Ульпиана, можно подчас набраться знаний больше, чем пробираясь через многосложные трактаты современных профессоров права". См. подробнее: Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Capetown, Wetton, Johannesburg: Juta & Co, Ltd., 1992. P. vii - viii.

<3> Так, например, право на сервитут на проведение водопровода могло обосновываться вовсе не хозяйственными нуждами, а желанием, например, устроить фонтан или водопад, т.е. интересами эстетическими и нематериальными. Между хозяином и отпускаемым на волю рабом возникали отношения патроната, в рамках которых вольноотпущенник, помимо прочего, обязан был оказывать патрону почет и уважение (перед нами обязательство с неимущественным содержанием). Р. Иеринг приводил казус из источников, в котором покупателю раба присуждалось вознаграждение за потерю права патроната, притом что последнее исчерпывалось одними лишь обязанностями неимущественного содержания. О неимущественных интересах и способах их защиты в римском праве подробнее см.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. С. 86 - 87; Пассек Е.В. Неимущественный интерес в обязательстве. С. 187 - 211; Иеринг Р. Интерес и право. С. 47 - 79.

<4> В римских источниках термин *pretium affectionis* и его производные употреблялись в основном в отрицательном смысле - для противопоставления личных чувств концепциям рыночной стоимости (*quanti venire potest*) и экономической полезности для конкретного владельца (*utilitas; id quod interest*), т.е. для обозначения ценности, которая в расчет убытков не должна приниматься. Подробный анализ этого вопроса см.: Grueber E. The Roman Law of Damage to Property. Being a Commentary on the Title of the Digest Ad Legem Aquiliam (IX. 2) with an Introduction to the Study of the Corpus Iuris Civilis. Oxford: The Clarendon Press, 1886. P. 133 - 136, 147 - 150, 269 - 270; Matthews N. The Valuation of Property in the Roman Law // Harvard Law Review. Vol. 34. No. 3 (Jan., 1921). P. 247 - 249; Palmer V.V. (ed). The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law. P. 23 - 25. В то же время см.: Папиниан в D. 17,1,54: "Ибо установлено мудрейшими (юристами), что в исках, основанных на добросовестности, нужно принимать во внимание чувства расположения..." Возможно, что данный фрагмент - интерполяция Юстиниана. См.: Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. P. 827 - 828.

<5> Достаточно вспомнить, например, характер частного наказания, придаваемый в Риме деликтной ответственности, когда суммы штрафов за различные деликты превышали рыночную стоимость вещи иногда в несколько раз. См., например: Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов / Под ред. проф. В.С. Нерсисянца. М., 2016. С. 624 - 635. Далее, Е.В. Пассек отмечал, что, хотя субъективная ценность имущества не компенсировалась, такая защита давалась только "ответчику добросовестному, так как в случае *culpa, dolus* или *contumacia* (умысла или грубой неосторожности. - М.Л.) с его стороны - истец получает полную возможность перейти, при оценке своего ущерба, далеко за пределы рыночной цены объекта и вообще денежных убытков, им понесенных, посредством *juramentum in litem* (судебной присяги. - М.Л.), в котором *verum rei pretium* (термин, примерно эквивалентный нашему понятию рыночной стоимости. - М.Л.) не имеет уже никакого значения". Подробнее см.: Пассек Е.В. Неимущественный интерес в обязательстве. С. 167 - 168. Такой способ установления размера убытков самим истцом под присягой, который служил как бы наказанием злостному нарушителю, позволял включить в орбиту возмещения также и неимущественные интересы, и долгое время указанная истцом оценка связывала судью. Затем уже судья получил право не согласиться с установленным истцом размером возмещения, если налицо имелись явные злоупотребления с его стороны, и определить итоговую сумму по справедливости. В VI в. н.э. законодательство Юстиниана, которое многим элементам процесса, зависящим от судейского усмотрения, пыталось установить формальные пределы, закрепило правило, по которому оцененный истцом и принятый судьей размер возмещения, во всяком случае, не должен превышать двукратную стоимость вещи, а если предмет спора не поддавался оценке, то размер возмещения определял суд. Подробнее см.:

Но главное вовсе не это. Оставаясь на точке развития римского права, нам бы следовало отказаться от прав интеллектуальной собственности, упразднить вовсе институт компенсации морального вреда и т.д. Только весьма ограниченный человек станет искать оправдание каждой своей мысли в римском праве. Настоящий романист, не умаляя величия римского права, всегда будет держать в уме его прямую связь с общественно-экономическими условиями той эпохи <1>. С развитием этих условий, соответственно, изменялось и гражданское право, удовлетворяя новым потребностям общества и личности <2>. Сегодня им регулируются как имущественные, так и личные неимущественные отношения, и область этих последних все последние десятилетия только расширяется. Интерес особого пристрастия есть находимый в имуществе интерес нематериальный, за которым скрываются личные блага, охраноспособность которых подтверждается в том числе институтом компенсации нравственного (неимущественного, морального) вреда и новыми правилами о неустойке, которые стали появляться на волне европейских кодификаций XIX в. <3>

<1> Покровский И.А. Возмещение вреда и разложение его: дилеммы современного гражданского права в области ответственности за вред и убытки // Вестник права. 1899. N 9. Ноябрь. С. 24 - 25. Там же по поводу ограниченного числа случаев ответственности за вред без вины в римском праве: "Было бы совершенно ошибочно утверждать, что и для современных отношений вопрос может быть разрешен так же, как его разрешало римское право для себя. Наша современная жизнь и наш современный оборот гораздо сложнее римских и с каждым днем все более и более усложняются".

<2> Как писал С.А. Беляцкий, "идея возмещения морального вреда предполагает известное развитие правового чувства и среду, в которой личность и личные права пользуются достаточным уважением". Подробнее см.: Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. С. 18.

<3> Подробнее см. [раздел III](#) настоящей работы.

2. У гражданского права нет средств защиты неимущественных интересов. Неимущественные интересы должны защищаться иными отраслями права.

Интерес особого пристрастия, как и любой неимущественный интерес, не может быть оценен деньгами. Можно возместить рыночную стоимость утраченной вещи, но нельзя возместить ее субъективную ценность, потому что нет цены человеческим чувствам и переживаниям. Кроме того, прошли времена, когда нарушитель или должник отдавался в рабство кредитору, ставился на правеж или хотя бы отправлялся в арестный дом: современное гражданское право способно воздействовать только на имущественную сферу лиц <1>. Поэтому, говорят, нематериальные блага, в том числе утраченный субъективный интерес, должны защищаться правом, которое имеет более широкий арсенал средств воздействия на нарушителя, в основном уголовным и административным <2>.

<1> В этом отношении обязательственное право проделало длинную эволюцию от права кредитора на **личность** должника до права на его **имущество**. Подробнее см., например: Годэмэ Е. Общая теория обязательств. М., 1948. С. 21 - 23.

<2> Например, см.: Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения // Избр. труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М., 2015. С. 346 - 349; Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. С. 188 - 190.

Во-первых, этот довод выстроен так, как будто уголовная защита исключает гражданскую. Между тем гражданский иск в уголовном процессе - обычное явление. Если правопорядок может дать потерпевшему несколько средств защиты нарушенного права, то такая возможность должна непременно предоставляться, в том числе по выбору потерпевшего <1>. Во-вторых, справедливо, что, в то время как публичное право орудует "огнем и мечом", гражданское право, за редким исключением <2>, своей ответственностью может только уменьшить имущество потерпевшего. Пусть так. "На это возражение Р. Иеринг основательно отвечал, что пусть гражданский суд пользуется правильно приговором, выраженным в деньгах, и он убедится, что в большинстве случаев его будет вполне достаточно и для целей гражданского правосудия <3>". Действительно, воздействие на имущественную сферу нарушителя подчас выступает орудием не менее страшным, чем тюремное заключение. В-третьих, публичное право не столь всемогуще, как некоторым кажется. Тот же Р. Иеринг приводил следующий пример. Семья с детьми приезжает на праздник в другой город, предварительно забронировав номер в отеле, зная, что в день торжеств свободных комнат не будет. Хозяин отеля, заключив договор, позднее получает более выгодное предложение от другого лица и принимает его. Семья по приезду в отель застаёт свой номер уже занятым. Она оказывается на улице и вынуждена бродить по ночному городу под проливным дождем с маленькими детьми в поисках ночлега. "Что присудит этой семье немецкий судья?" - спрашивал Р. Иеринг. Если ночлег все же будет найден и будут понесены расходы, то можно присудить убытки и только. Если же вовсе семья с детьми всю ночь проведет на улице, то ее имущество ведь не уменьшится, значит, и об убытках речи не пойдет. Никакого уголовного дела здесь также нет, да и не поможет ничем публичное право. Р. Иеринг заключает: "И такой результат, нагло попирающий здоровое чувство, находит себе защитников. Да я пойду скорее искать защиты своего права у турецкого паши, нежели у высокоразвитого правоведения, не дающего мне здесь охраны; я готов первый выкинуть за борт все правоведение, если такая нелепость должна быть признана за право" <4>.

<1> Чаще всего публичная власть должна реагировать на общественно опасные правонарушения *ex officio*, но есть случаи, когда для возбуждения производства по делу необходимо волеизъявление потерпевшего (дела частного и частного-публичного обвинения). Здесь порядок и способ защиты права (гражданский, уголовный) отдаются на усмотрение потерпевшего.

<2> Эти исключения в большинстве своем связаны с той же защитой неимущественных интересов, например: обязанность лица, распространившего в СМИ сведения, порочащие честь и достоинство другого лица, опубликовать опровержение. Можно ли относить подобные меры к гражданско-правовой ответственности - отдельный теоретический вопрос, но для нас важно упомянуть способность гражданского права иногда принуждать нарушителя к такого рода неимущественным действиям.

<3> Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. С. 92.

<4> Иеринг Р. Интерес и право. С. 86 - 87. Кроме того, примерно в то же время в Англии рассматривалось похожее дело (*Hobbs v. L & SW Ry*, 1875): железнодорожная компания допустила ошибку и доставила семейство не на ту станцию, в результате чего людям пришлось пешком преодолевать путь в несколько миль ночью под морозящим дождем. Компенсация неимущественного вреда была присуждена. Подробнее см.: *Beatson J., Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract. P. 536.*

Возьмем другой пример, уже из настоящей российской судебной практики <1>. Гражданин заключил с ломбардом три договора займа, обеспечив исполнение залогом ювелирных изделий, в том числе своих обручальных колец. Когда он пришел возвращать деньги и попросил назад драгоценности, в ломбарде ему ответили, что произошло ограбление, драгоценности похищены

неустановленным лицом, ведется следствие. Заемщик обратился в суд с иском к ломбарду, потребовав помимо прочего компенсации морального вреда за утраченные ломбардом обручальные кольца, поскольку они служили для него светлой памятью о заключенном браке и годах супружеской жизни. Суд удовлетворил исковые требования, решение о присуждении истцу компенсации морального вреда устояло в апелляции: суды учли личную значимость обручальных колец для истца, имея в виду, что их утрата причинила ему не только убыток в имуществе, но и нравственные страдания. Хотя размер компенсации вымаран в опубликованных судебных актах и сумму вознаграждения мы можем только предполагать, этот пример ясно показывает, как все публичное право может быть бессильно перед нарушенным правом лица, и только гражданское правосудие остается единственной возможностью для потерпевшего получить хоть какую-то защиту в виде компенсации за понесенные страдания.

<1> Апелляционное [определение](#) Свердловского областного суда от 09.01.2014 по делу N 33-141/2014 (33-15942/2013) (СПС "КонсультантПлюс").

3. Ниже человеческого достоинства оценивать неимущественный интерес на деньги и спекулировать нематериальными благами.

Этот аргумент вообще был в ходу и ранее <1>, но с легкой подачи ГК РСФСР 1922 г. на долгие годы стал чуть ли не отличительной особенностью советского социалистического гражданского права. Советское гражданское право на протяжении долгого пути своего развития нацелено было на возмещение только имущественного вреда: нематериальные блага охранялись <2>, но лишь постольку, поскольку их нарушением причинялся имущественный вред <3>. В условиях, когда советское гражданское право не задавалось целью вознаградить потерпевшего за нравственные и физические страдания, о компенсации какой-то субъективной ценности вещи не могло быть и речи. Основной тезис эпохи: "Имущественное возмещение неимущественного вреда, которое по существу представляет собой перевод на деньги таких благ, как жизнь, здоровье, честь, творческие достижения человека, несовместимо с основными воззрениями советского социалистического общества, с его высоким уважением к личности человека" <4>. Предполагалось, что охрана нематериальных благ должна осуществляться преимущественно иными отраслями права, что возвращает нас к предыдущему аргументу. Против этого возвышенного утверждения иногда высказывались и в советской литературе, но эти мнения не были доминирующими и не разделялись законодателем. Так, М.М. Агарков, тоже считавший компенсацию морального вреда спекуляцией на человеческом достоинстве, все же предлагал закрепить в новом ГК РФ норму, по которой суд мог бы присудить компенсацию за длительные физические и нравственные страдания и лишения, если последние были вызваны причинением вреда здоровью <5>. Далее, Я.А. Канторович, будучи против компенсации морального вреда, допускал денежное присуждение в случае, если неимущественный интерес обеспечен неустойкой, а также приводил довольно странный пример: якобы жилец, уставший от ночной игры на рояле своего соседа и вынужденный этим к переезду в квартиру, имеет право требовать от соседа возмещения расходов, с этим связанных <6>. Мнения двух крупных советских цивилистов показывают колебания в этом вопросе, обусловленные противостоянием догматики и интуитивного чувства человеческой справедливости. Но прав И.А. Покровский, который писал, что "ограничение ответственности за нравственный вред только случаями некоторых правонарушений не находит для себя оснований: то, что признано справедливым для одного случая, не может быть несправедливым для других" <7>. Спекулирует истец нематериальными благами или нет - вопрос факта, который разрешает суд на основе представленных сторонами доказательств. Нематериальные блага не переводятся на деньги: речь идет только о компенсации, которая не заменит навсегда утраченного. Как писал О. Гирке, деньги, являясь универсальным эквивалентом и ключом к целому ряду идеальных благ, дают потерпевшему возможность утешить себя другими радостями жизни <8>. Если же получение компенсации потерпевший считает ниже своего достоинства (такие случаи действительно могут быть), то никто

не принуждает его вчинять иск - иное бы противоречило фундаментальным принципам гражданского судопроизводства. Однако верно и то, что людям, перенесшим те же страдания, но по-другому относящимся к такой компенсации, нельзя отказывать в защите <9>.

<1> Его разбирает и критикует, например, И.А. Покровский: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 122 - 123.

<2> К этому, как известно, тоже пришли не сразу: в ГК РСФСР 1922 г. нормы об охране личных неимущественных прав и нематериальных благ отсутствовали. Положение стало постепенно исправляться только с принятием Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик 1961 г. Подробнее см.: Флейшиц Е.А. Общие начала ответственности по основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик // Избр. труды по гражданскому праву. Т. 2. С. 208 - 209.

<3> Например, работнику, перенесшему увечье и временно лишенному трудоспособности, компенсировалась потеря в заработной плате, но не причиненный личности моральный вред.

<4> Подробнее см.: Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения // Избр. труды по гражданскому праву. Т. 2. С. 346, 349.

<5> Подробнее см.: Агарков М.М. Обязательства из причинения вреда (Действующее право и задачи Гражданского кодекса СССР) // Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. 2: Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. М., 2012. С. 492 - 493.

<6> Подробнее см.: Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. С. 188 - 190. Представляется, что приведенный пример порождает гораздо больше аргументов против денежного присуждения (это будут убытки, и истец не сможет доказать весь их состав - главным образом причинно-следственную связь, потому что истец не предпринял иных доступных и разумных мер для уменьшения убытков, например, звукоизоляция спальни), чем если бы нарушитель ночного спокойствия был обязан судом к компенсации морального вреда и негативному обязательству не нарушать ночное благочиние, подкрепленному астрентом.

<7> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 123.

<8> Приводится по: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 122. Ср. также сегодня Х. Коциоль: "Не вызывает сомнений, что это (имеется в виду денежная сумма, уплачиваемая потерпевшему в качестве удовлетворения за понесенный неимущественный вред. - М.Л.) и возмещение имущественного вреда - далеко не одно и то же, учитывая, что последний может быть оценен в деньгах и потому прямо компенсирован в деньгах, в то время как к неимущественному вреду эти рассуждения неприменимы в силу самого его определения. Для случаев неимущественного вреда, поэтому, денежная компенсация представляет собой такой способ защиты права, благодаря которому потерпевший, грубо говоря, становится в положение, при котором он может позволить себе различные неимущественные блага в качестве компенсации за понесенный неимущественный вред. Подробнее см.: Koziol H. (ed.). Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective. Wien: Jan Sramek Verlag, 2015. P. 769.

<9> Хорошо выразился на этот счет С.А. Беляцкий: "Право рассчитано не на героев и самоотверженных людей, а на среднего человека со средними понятиями об этике и морали". Подробнее см.: Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. С. 54. Уместно вспомнить здесь и великого русского философа В.С. Соловьева, который писал, что "право есть низший предел или определенный минимум нравственности". Подробнее см.: Соловьев В.С. Оправдание добра. М., 2012. С. 523. Нравственно это или нет - требовать с нарушителя денежную компенсацию за противоправное вторжение в личную неимущественную сферу - каждый может решить для себя сам, а право лишь предоставляет такую возможность.

4. Отсутствуют объективные критерии, по которым можно было бы определить размер компенсации за нарушение неимущественных интересов.

В основе тезиса о том, что неимущественные блага невозможно оценить на деньги, лежит изначально ложное предположение о необходимости для права и суда всякий раз доставлять потерпевшему точный имущественный эквивалент того, что он утратил вследствие правонарушения. Однако приведенное утверждение не всегда оправдывает себя даже применительно к возмещению чисто имущественных потерь. Так, размер упущенной выгоды никогда нельзя установить с исчерпывающей точностью; иногда вообще можно только констатировать, что потерпевший, не будь нарушения, заработал бы "сколько-нибудь" или "что-то", но обязательно заработал бы, однако был этого заработка лишен. Невозможность точно установить размер недополученного дохода не должна вместе с тем влечь отказ в возмещении убытков: в этом случае суд должен определить некую сумму с разумной степенью достоверности, с учетом требований справедливости, разумности и пр., но речь уже не может идти об эквиваленте в строгом смысле этого слова.

Похожая ситуация складывается и в отношении морального вреда: установлен факт нарушения, причинены душевные страдания и боль, но присудить потерпевшему имущественный эквивалент понесенной утраты объективно невозможно. Потому определенная судом денежная сумма и не претендует на значение возмещения или реституции - это всего лишь компенсация, или, говоря языком классической цивилистики, **удовлетворение** потерпевшему <1>.

<1> Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. С. 17 - 18, 56 - 57.

Но даже приняв во внимание все изложенное, в присуждении компенсации за утрату ценности особого пристрастия якобы надо отказать хотя бы потому, что совершенно непонятно, как рассчитывать эту компенсацию или удовлетворение. Далее снова идут доводы про угрозу спекулятивных исков и сутяжничество, а Я.А. Канторович также писал об опасности передачи целой области отношений, по сути, на полное судебское усмотрение, а вернее - судебский произвол <1>. Но выше мы убедились, что в определенных случаях и Я.А. Канторович присудил бы компенсацию за моральный вред. Такая избирательность, которой придерживались и другие ученые, свидетельствует, между прочим, о том, что уже противники компенсации морального вреда, уступая своему чувству справедливости, начинают каждый по-разному оценивать нематериальные блага так, что одни из них оказываются более ценными, а другие - менее. Этим же ученым удается одновременно занимать позицию, согласно которой нематериальные блага бесценны. Понятно, что человеческая жизнь многократно важнее выброшенных в море обручальных колец, но из этого должно лишь вытекать, что в одном случае может быть присуждена большая компенсация, а в другом - меньшая <2>. Вместо этого во втором деле мы вовсе отказываем потерпевшему в защите. В европейском праве на эту тему давно ведется дискуссия. Так, в комментариях к Принципам европейского деликтного права (Principles of European Tort Law, PETL), разработанных Европейской группой по деликтному праву (European Group on Tort Law), читаем: "Несмотря на то что не представляется возможным сформулировать какое-либо четкое универсальное правило применительно к этой сфере, во многих правопорядках имеет место определенное нежелание присуждать компенсацию за нарушение неимущественных интересов в делах о причинении вреда имуществу и ответственности за нарушение договора. Поэтому покупатель товара вряд ли будет обречен на успех в иске о взыскании компенсации за понесенные чувства разочарования, расстройства и неудобства вследствие того, что заказанная им вещь не была доставлена вовремя. Однако в таких делах провести четкую грань между имущественным и неимущественным вредом бывает затруднительно. <...> Не пытаясь описать исчерпывающий перечень случаев, когда неимущественный вред за нарушение имущественных интересов должен быть компенсирован, нам представляется достаточным, чтобы суду в целом

было позволено присудить компенсацию за нарушение неимущественных интересов в делах иных, помимо физического вреда и смерти. <...> То обстоятельство, что такие неимущественные интересы непросто оценить в деньгах и что их нарушение для потерпевшего может быть менее существенно, чем случаи серьезного физического вреда, не означает, что они совсем лишены значимости, **особенно в современном обществе на его ступени нравственного развития** (выделено мной. - М.Л.)" <3>.

<1> Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. С. 188 - 189.

<2> Однако опять же никаких формализованных правил здесь быть не может. Допустим, нам кажется, что компенсация за навеки утраченные обручальные кольца после 10 лет совместной жизни будет больше, чем если супруги прожили в браке две недели (в последнем случае кому-то может показаться, что и вовсе интерес особого пристрастия еще не мог возникнуть). А теперь представим возможную ситуацию, когда молодой человек и девушка женятся перед лицом неминуемой смерти одного из них, чтобы успеть скрепить свой союз на земле. Молодожены проживают в браке один день, после чего супруг умирает от смертельной болезни. Обручальное кольцо остается единственным символом и памятью о заключенном браке, который кто-то с умыслом уничтожает. Или же двое поженились перед отправкой мужа на фронт, на войну на другом континенте, с которой он не вернулся. Разных примеров жизнь может придумать очень много, но из изложенного уже ясно, что это очень тонкая сфера, к которой придумать объективное мерило нельзя. И это касается не только ценности особого пристрастия, но и морального вреда вообще.

<3> European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. P. 173 - 174.

Далее говорят об опасности широкого судебного усмотрения. Но ведь в гражданском праве немало вопросов, решение которых отдается на более или менее полное судебское усмотрение: в качестве примера можно привести хотя бы пронизывающий всю отрасль принцип добросовестности. Нельзя не согласиться с утверждением, что таких областей, подчиненных "свободному праву" судьи, должно быть как можно меньше. От этого страдают и прочность приобретаемых прав, и правовая определенность в целом. Но эти рассуждения нужно оставить, если мы снова, как в примере Р. Иеринга, подчиняем интересы конкретных людей гражданскому обороту так, что приносим в жертву их чувства и достоинство ради прочности укрепляемых прав хозяина гостиницы, готового оставить семью с детьми на улице ради мизерной прибавки в арендной плате. Мы отказываем в защите нематериальных благ во имя правовой определенности, пока другие ученые вновь пытаются создать тип абстрактного среднего человека и решить за всех, какие нематериальные блага достойны защиты, а какие - нет <1>.

<1> Происходит то, о чем предупреждал И.А. Покровский: "Создаваемая воображением законодателя фигура абстрактного, "гражданского" человека в процессе законодательного творчества имеет своим назначением служить только суммированием, отражением действительности в целях ориентировки законодателя. По существу, таким образом, эта абстрактная фигура есть только известное констатирование **факта**: факт таких-то средних потребностей, таких-то средних интересов и т.д. Это есть некоторый результат своеобразной "моральной" **статистики**, который мы кладем в основание **диспозитивных** норм закона. Но при известной aberratio мысли эта статистическая величина может быть принята за **норму**, и тогда факт превращается в должное: то, что обыкновенно есть, приобретает характер того, что **непременно должно быть**. Тогда наша фигура "гражданского человека" вырастает в некоторое непогрешимое "правило веры", в некоторого давящего homo cog. Только его интересы суть законные интересы, только его потребности суть разумные потребности; все же, что отклоняется

от типа этого "гражданского человека", начинает казаться чем-то незаконным, прихотью, не заслуживающей внимания и покровительства права. И притом не потому, что те или другие особенные потребности или интересы противоречат каким-либо этическим или политическим требованиям, а просто потому, что они чужды среднему, гражданскому человеку. Этот последний делается уже сам по себе нормой, законом, а вместе с тем и прокрустовым ложем для живой человеческой личности". Подробнее см.: Покровский И.А. Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права. С. 34 - 35.

Представляется же, что судебное усмотрение есть явление неизбежное там, где решаются вопросы факта, а не права. Это одинаково и вопросы добросовестности, и вопросы наличия у блага субъективной ценности для потерпевшего. В таких делах перед судом оказывается конкретный, а не абстрактный человек, и задача права - дать судье самые общие критерии, которыми он должен руководствоваться, вроде критерия непротиворечия интереса особого пристрастия добрым нравам. В остальном же это дело фактических обстоятельств и судебного доказывания. За умаленной субъективной ценностью имущества скрываются те же нравственные страдания, охраняемые институтом морального вреда, потому и компенсация ценности особого пристрастия должна определяться по общим правилам этого последнего. Богатый опыт стран, в которых такие компенсации присуждаются (Англия, США, Канада, Франция, Австрия, Швейцария и т.д.), показывает, что правопорядок от них не рушится; этот опыт может послужить нам примером. Но и ошибки в этом деле, возможные на первых порах, перечеркнуты множеством случаев, в которых конкретные люди постучат в двери правосудия и найдут там отклик вместо прежнего глухого молчания <1>.

<1> Более подробно вопрос о способах компенсации ценности особого пристрастия см. [раздел III](#) настоящей работы.

II. ОСНОВНЫЕ СЛУЧАИ КОМПЕНСАЦИИ ЦЕННОСТИ ОСОБОГО ПРИСТРАСТИЯ

1. Смысл и значение вины для компенсации ценности особого пристрастия

Как будет показано далее, для решения вопроса о том, будет потерпевшему компенсироваться ценность особого пристрастия или нет, важнейшее значение имеет форма вины нарушителя: на этой точке зрения стоит подавляющее большинство правопорядков, которые вообще признают за истцом право на такую компенсацию <1>. Необходимо объяснить этот выбор законодателя, потому что он вызывал и продолжает вызывать критику в литературе. Возражения в основном сводятся следующему.

<1> Такой подход (хотя и не совсем последовательно) был избран проектом ГУ (ст. 117 - 119). Подробнее см.: Гражданское уложение. Кн. 5. Т. 1. С объяснениями. СПб., 1899. С. 260 - 264. Сегодня это также Австрия (§ 1331 ABGB) и Франция (art. 1150 [1231-3 после реформы 2016 г.] и 1382 [1240 после реформы 2016 г.] CC). Исключения составляют Швейцария, которая дает истцу право на компенсацию морального вреда, "если тяжесть нарушения это оправдывает и причинитель вреда не предоставил иного удовлетворения" (п. 1 ст. 49 Швейцарского обязательственного закона, далее - ШОЗ; там более широкий критерий), и Англия с США, где право на компенсацию нарушенных неимущественных интересов регулируется разнообразными прецедентами, в которых учитывается много фактических обстоятельств и вина такого принципиального значения не имеет (за отдельным исключением).

Некоторые законодательства и ученые, влекомые желанием обеспечить баланс интересов сторон, сделать ответственность соразмерной допущенному нарушению, предписывают суду при определении размера возмещения учитывать степень вины должника в нарушении обязательства (или вины причинителя вреда). Имеется в виду, что несправедливо присуждать двух должников к одинаковому возмещению, когда первый нарушил обязательство (причинил вред) со злым умыслом намеренно в ущерб кредитору, а второй - только по легкой неосторожности, которая хотя тоже вина, но не такая серьезная <1>. Эта точка зрения была строго отвергнута некоторыми законодательствами <2> (хотя во многих правовых порядках остается распространенной <3>), потому что ее апологеты, как утверждается, слишком увлеклись идеей материальной справедливости и подчинили гражданско-правовую ответственность принципам ответственности уголовной. В последней, действительно, ключевое значение имеет психическое отношение лица к совершенному деянию, и задача суда - отмерить для виновного уголовное наказание соразмерно степени (размеру) его вины; интересы потерпевшего уступают место публичным целям соразмерности наказания и исправления осужденного. Напротив, гражданско-правовая ответственность строится на начале **полного возмещения вреда**, причиненного кредитору; она не карает должника и не является для него наказанием; она выступает с позиции кредитора, который требует полного возмещения нарушенного интереса, и ему безразлично, было это нарушение умышленное или по легкой неосторожности. А иногда и вовсе ответственность наступает без вины (источники повышенной опасности, работодатель за работника и т.д.). Цель гражданско-правовой ответственности - не **правильно наказать** должника (это вообще не наказание), а **полностью возместить** вред кредитору. Таковы начала гражданско-правовой ответственности, испытанные многовековым опытом. Но вдруг мы снова видим, что размер ответственности должника ставится в зависимость от степени его вины: если совершен деликт (нарушен договор) со злым умыслом, то ценность особого пристрастия потерпевшему компенсируется, а если только по легкой неосторожности, то ограничимся ответственностью за убытки, в нашем случае - рыночной ценой вещи. Это якобы снова уводит нас в сторону к ложному пониманию гражданско-правовой ответственности как наказания провинившемуся соразмерно его вине. На это неоднократно указывал, между прочим, И.А. Покровский, который считал, что если можно вменить должнику нарушение договора или деликт, то ответственность должна быть полной и не нужно защиту неимущественного интереса ограничивать случаями умысла и грубой неосторожности <4>.

<1> На эту точку зрения (но только применительно к деликтной ответственности) стал наш проект ГУ в ст. 1078: "Размер вознаграждения за вред определяется по усмотрению суда соразмерно степени вины причинившего вред и другим обстоятельствам". Подробнее см.: Гражданское уложение. Кн. 5. Т. 5. С объяснениями. СПб., 1899. С. 523 - 530. Это вызвало жесткую критику И.А. Покровского. Подробнее см.: Покровский И.А. Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. Киев, 1899. С. 19 - 26. В сводном проекте ГУ изд. 1905 г. норма звучала уже иначе (ст. 2613): "Размер вознаграждения за вред определяется по усмотрению суда соразмерно обстоятельствам". Подробнее см.: Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского уложения. СПб., 1905. С. 250.

<2> См., например: § 249, 252, 254 BGB, нашу отечественную ст. 1083 ГК РФ, которая никак не учитывает степень вины самого причинителя вреда, за исключением п. 3, но там более сложный случай.

<3> В частности, обращают на себя внимание п. 1 ст. 43, п. 2 ст. 44 ШОЗ, § 1323, 1324, 1331 ABGB, пестрая судебная практика Франции и стран общего права. См. подробнее далее.

<4> Покровский И.А. Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. С. 19 - 26; Он же. Основные проблемы гражданского права. С. 123 - 124.

На эти возражения нужно указать следующее.

Вполне допустимо, что потерпевший, понесший определенный вред, заявляет затем как можно больше требований, не столько соизмеряясь с реальным размером этого вреда, сколько из желания наказать нарушителя, к которому у него после нарушения договора или совершенного деликта может быть неприязненное отношение. Иными словами, цели у потерпевшего, требующего той же компенсации морального вреда, могут быть разные. Но для объективного права это не имеет значения - важно то, как право понимает тот или иной институт, как обозначает его цели. Поэтому на плечи суда ложится определение примерно пропорционального понесенному потерпевшим вреду размера возмещения, если будет установлено, что потерпевший вообще имеет на него право. Поскольку мы выяснили, что компенсация ценности особого пристрастия существует в рамках института морального вреда, то из этого следует всецело **компенсационная** природа и назначение денежной суммы, которую суд присуждает истцу в утешение за понесенные нравственные страдания ввиду утраты находимой в благе субъективной ценности. Присуждая ответчика к выплате такой компенсации, суд привлекает его к гражданско-правовой ответственности, которая не наказывает должника, а восстанавливает или хотя бы компенсирует наиболее полным образом нарушенный интерес кредитора.

Но почему тогда случаи выплаты такой компенсации ограничиваются только умыслом или грубой неосторожностью нарушителя? На то есть как минимум две причины.

Во-первых, в зависимости от степени вины должника в нарушении обязательства закон по-разному определяет **юридически значимую причинно-следственную связь**. Институт компенсации ценности особого пристрастия не привносит ничего нового в правила гражданско-правовой ответственности, а, наоборот, органично встраивается в них. В 1804 г. Кодекс Наполеона установил в [art. 1150](#) (1231-3 после реформы 2016 г.), что должник отвечает только за такие последствия нарушения обязательства, которые он мог или должен был предвидеть, за исключением случаев умысла и грубой неосторожности. При злом нарушении должник отвечает на повышенных основаниях в пределах установленной причинно-следственной связи ([art. 1151](#) (1231-4)). Этот подход был позднее *mutatis mutandis* воспринят англосаксонским правом <1>, а также перенят странами континентальной Европы, попавшими под влияние Французского кодекса <2>. Распространен он сегодня и в международных частноправовых унификациях <3>. Несмотря на такую его популярность, принцип предвидимости вреда известен далеко не всем законодательствам <4>, а там, где он применяется, существуют чувствительные различия в деталях (ср. Англия и Франция <5>). Нам важно не это, а сама *ratio* такого подхода. Она состоит в том, что **должник, нарушая обязательство (причиня вред) умышленно или по грубой неосторожности (злостно), соглашается тем самым отвечать на повышенных основаниях, в том числе возмещать убытки, которые он не мог и не должен был предвидеть, и (в нашем случае) компенсировать ценность особого пристрастия, которую потерпевший находил в благе и о которой нарушитель мог не иметь ни малейшего понятия**. Эта повышенная ответственность не наказание для нарушителя, а та грань, до которой простирается юридически значимая причинно-следственная связь в зависимости от выдающего свою волю поведения должника <6>. Гражданско-правовая ответственность не изменяет своей компенсационной природе, а лишь по-разному рассчитывает размер компенсации. Известно, что нарушение договора или деликт могут повлечь для потерпевшего самый разнообразный вред. Для ограничения ответственности должника разумными пределами существуют правила о причинно-следственной связи. Помимо этого, как стороны своим соглашением могут ограничить или расширить пределы возможной ответственности, так и должник своими конклюдентными действиями и злым характером нарушения может согласиться отвечать на повышенных основаниях <7>.

<1> См.: дело *Hadley v. Baxendale* (1854) и дальнейшее развитие правила: *Beatson J., Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract*. P. 543 - 555.

<2> Например, ст. 1223, 1225 ГК Италии.

<3> См. [ст. III.-3:703](#) Модельных правил европейского частного права, [ст. 9:503](#) Принципов европейского договорного права.

<4> В частности, он формально не закреплен в Германии и России.

<5> Например, во Франции принцип предвидимости закреплен только для договорной ответственности ([art. 1150](#) (1231-3) СС). Ответственность за внедоговорный вред регулирует [art. 1382](#) (1240), сформулированный самым широким образом (правило "генерального деликта"): он не упоминает ни предвидимость вреда, ни особые различия по степени вины нарушителя. Между тем М. Пляниоль писал, что "различие, проводимое французскою доктриною между двумя родами вины, быть может, недостаточно обосновано. Если является справедливым смягчить в области договоров ответственность лиц, действовавших без намерения причинить вред, то имеется такое же основание сделать это и в случаях вины, допущенной при отсутствии всякого договора". Далее, указанное различие не означает, что суды, применяя его, не могут учитывать обстоятельства вины и предвидимости вреда для определения размера ответственности деликвента: за 200 лет действия Кодекса Наполеона [art. 1382](#) (1240) стал неисчерпаемым источником вдохновения для французских судей (компенсация морального вреда была выведена практикой именно через него). Подробнее см.: Годэмэ Е. Общая теория обязательств. С. 331 - 332, 314 - 315; Пляниоль М. Курс французского гражданского права. Петроков, 1911. С. 312 - 313. В Англии, напротив, принцип предвидимости глубоко разработан и для договорной, и для деликтной ответственности, но вина нарушителя с конкретными ее степенями не выступает безусловно необходимым условием ответственности (особенно договорной), хотя злостный характер нарушения может и расширять ее пределы (см. институт *aggravated damages*, в рамках которого дополнительная компенсация без цели наказать нарушителя присуждается вследствие особо злостного характера нарушения: Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages. P. 240 - 241, 252). О предвидимости убытков в англосаксонском праве подробнее см.: Treitel G. The Law of Contract. London: Sweet & Maxwell, 2015. P. 1173 - 1188. О других отличиях французского и англосаксонского подхода к предвидимости убытков подробнее см.: Ferrari F. Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law // Louisiana Law Review. 1993. March. P. 1257 - 1269.

<6> Несмотря на это, некоторые ученые полагали, что возмещение непредвиденных убытков - это **наказание** для недобросовестного должника. Подробнее см.: Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960. С. 335 - 336. По-видимому, различное толкование приведенных норм зависит от того, что вообще понимать под наказанием в гражданском праве. Для нас наказание представляется **штрафной санкцией, ни в какой связи не состоящей с реальными последствиями нарушения для потерпевшего**. Поэтому с толкованием Л.Ж. Морандьера мы не можем согласиться: иначе ничтожность соглашений об исключении ответственности за умысел, невозможность для недобросовестного приобретателя стать собственником, лишение его доходов от вещи с самого момента приобретения и многие другие правила тоже надо признавать наказанием, для чего нет никаких оснований. О том, что дифференцированные правила французской гражданско-правовой ответственности не должны колебать ее компенсационную природу, писал, например, М. Пляниоль: Пляниоль М. Курс французского гражданского права. С. 39.

<7> Здесь имеется в виду, что умысел и грубая неосторожность нередко проявляются в конкретных действиях (бездействии) нарушителя, в том числе посторонних - не направленных непосредственно на нарушение. Конечно, с точки зрения теории одно и то же действие может быть совершено как умышленно, так и неосторожно. Но заглянуть в голову к нарушителю и выяснить его психическое отношение к деянию мы, конечно, не можем, поэтому оцениваем всю совокупность его поведения. См., например: [п. 7](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств" (СПС "КонсультантПлюс"): "В обоснование отсутствия умысла должником, ответственность которого устранена или ограничена соглашением сторон,

могут быть представлены доказательства того, что им проявлена хотя бы минимальная степень заботливости и осмотрительности при исполнении обязательства". Также интересна позиция ученых из Европейской группы по деликтному праву: "Некоторые объяснения необходимо дать по вопросу значения вины делинквента (для присуждения компенсации неимущественного вреда). Некоторые правовые порядки позволяют присуждение штрафных убытков; большинство же выступает против, поэтому последние исключены в Art. 10:101 (Принципов европейского деликтного права). Однако среди большинства членов группы существует заметная тенденция принимать во внимание степень вины нарушителя в целях определения справедливого размера компенсации за причинение неимущественного вреда. Несмотря на то что часто это может быть вполне оправданно, существует большой риск скатиться к карательному элементу. На наш взгляд, чтобы принимать степень вины во внимание и при этом остаться верным компенсационному началу гражданской ответственности, нужно установить, что образ поведения нарушителя становится определяющим фактором тогда, когда его виновные действия сами по себе усиливают причиняемый неимущественный вред". В этом отрывке замечательно то, что в оригинальном тексте автор смешивает строго различаемые в отечественном праве категории **вины** и **деяния** в единый термин *conduct* (поведение, образ действий). Нам этот подход представляется совершенно верным. Подробнее см.: European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. Text and Commentary. P. 175.

Во-вторых, утверждение о том, что если должнику вообще может быть вменено его нарушение, то должен быть возмещен весь нарушенный интерес кредитора (в том числе неимущественный), не учитывает того обстоятельства, что за словосочетанием "нарушенный интерес" скрываются разнородные явления - убытки и неимущественный вред (в том числе ценность особого пристрастия). При нарушении **имущественного интереса** определяющее значение имеет **количественный** признак, поскольку размер убытков с разумной степенью достоверности может быть определен объективно - путем обращения к рыночной (меновая) стоимости вещей и другого имущества. Напротив, "вред обсуждается при нарушении **неимущественного интереса** не с количественной, но с **качественной** стороны и **имеет значение лишь до тех пор, пока он вызван виной действующего субъекта**. Одним словом, при нашем институте [убытков] центр тяжести заключается в объеме вреда, а при нарушении неимущественного интереса - в вине того лица, действие которого вызвало этот вред. <...> Обязательство возмещения убытков в тесном смысле слова должно быть обсуждаемо главным образом на основании объективного момента. Стремиться во что бы то ни стало сохранить единство между случаями имущественного и неимущественного вреда составляет трудно исполнимую задачу, так как для обеих категорий случаев существуют весьма различные по своему характеру юридические нормы" <1>. Таким образом, при решении вопроса о компенсации неимущественного вреда на первый план выходит размер вины нарушителя <2>. Поэтому некоторые обсуждаемые далее законодательства решили, что только при злом (умышленном или по грубой неосторожности) нарушении обязательства (деликте) можно вменить нарушителю обязанность компенсировать интерес особого пристрастия <3>. Размер этого интереса определяется затем в виде денежной компенсации за понесенные страдания исходя из личной значимости утраченного или поврежденного блага для потерпевшего.

<1> Кривцов А.С. [Общее учение об убытках](#). С. 6.

<2> См., например: [абз. 2 ст. 151 ГК РФ](#): "При определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание **степень вины нарушителя** (выделено мной. - М.Л.) и иные заслуживающие внимания обстоятельства".

<3> Это решение критикует С.А. Беляцкий, который по рассматриваемому вопросу занимает пограничную точку зрения, а именно: форма вины не должна определять само право требовать компенсации неимущественного вреда - она должна лишь влиять на размер этой компенсации. То

есть за умышленный деликт присуждается бОЛЬШАЯ компенсация неимущественного вреда, чем за неосторожный. Подробнее см.: Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. С. 59 - 60. Нам этот подход не кажется верным, поскольку он противоречит основным началам и условиям гражданской ответственности (выше это уже описывалось, см. подход разработчиков проекта ГУ).

2. Умышленное или по грубой неосторожности нарушение договора

Приступая теперь к рассмотрению отдельных случаев компенсации интереса особого пристрастия, начинать будем с анализа подхода, которого держался применительно к каждому из этих случаев наш проект ГУ, поскольку его составители постарались отразить в тексте Кодекса все передовые тенденции своего времени с изложением подробных мотивов избранных правовых подходов.

Статья 117 кн. 5 т. 1 проекта ГУ ред. 1899 г. гласит: "Верителю 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 нравственном вреде, и не подлежали оценке".

На первый взгляд эта статья лишь воспроизводит закрепившийся в романских (испытавших влияние Кодекса Наполеона) законодательствах принцип предвидимости убытков: по общему правилу должник отвечает в размере реального ущерба и упущенной выгоды (которая чаще всего выражается в разнице между рыночной стоимостью и договорной ценой), но в случае умысла или грубой неосторожности пределы ответственности должника расширяются и захватывают также косвенные убытки, непосредственно не вытекающие из нарушения должника, но которые бы кредитор не понес, буде обязательство исполнено надлежащим образом (*conditio sine qua non*, BUT FOR test). Такие убытки, даже косвенные, все равно по определению своему остаются имущественными потерями. Однако проект ГУ в ст. 117 идет далее общепринятого подхода и делает злостного нарушителя ответственным также и за неимущественный вред от нарушения, который не может иметь рыночной оценки. И разработчики в мотивах к ст. 117 приводят соответствующие примеры: неизготовление заказанного платья, торжественного обеда к определенному сроку и другие случаи, "которые хотя и не причиняют убытка, но доставляют верителям беспокойство, неприятности и т.п." <1>.

<1> Проект ГУ ред. 1899 г. Кн. 5. Т. 1. С. 262.

Можно было бы предположить, что сама статья и ее разработчики, вводя соответствующее регулирование, имеют в виду необходимость компенсации современного морального вреда, а не некоей особенной для кредитора ценности, содержащейся в объекте обязательства. Действительно, содержание ст. 117 проекта ГУ охватывает в том числе и моральный вред, как его понимает ГК РФ. Но не только его. Сомнения развеивает следующая ст. 118 и мотивы к ней. Статья гласит: "Убытки определяются по тому месту и времени, где и когда обязательство подлежало исполнению. При определении стоимости имущества принимается во внимание не только рыночная или биржевая цена его, но и та ценность, какую имущество имело для верителя по своей особой пользе или по своему особому назначению в составе отдельного его имущества".

В комментарии разработчиков к статье содержатся интересные снабженные примерами рассуждения о том, что длительное использование вещи может как понизить, так и повысить ее стоимость в сравнении с рыночной, и тогда эта последняя отступает на задний план, а также

главное: "Цена, придаваемая верителем по одной привычке и вообще по исключительно субъективному его пристрастию к данному предмету (*pretium affectionis*), обыкновенно не принимается в уважение, как не подлежащая проверке, за исключением, конечно, того случая, когда должник **умышленно** или **по грубой неосторожности** (выделено составителями. - М.Л.) не исполнил обязательства и когда он, в силу правила ст. 117 ч. 2 проекта, обязан возместить верителю и цену вещи, основанную на личном пристрастии к ней верителя" <1>. Далее идет отсылка к § 305, 335 и 1331 ABGB, которые, видимо, легли в основу ст. 117 - 118 проекта ГУ, но не более чем концептуально <2>.

<1> Проект ГУ ред. 1899 г. Кн. 5. Т. 1. С. 263.

<2> § 1331 ABGB присуждает должника к возмещению ценности особого пристрастия только в ситуации, когда "вред возник вследствие запрещенного уголовным законом деяния или из озорства или удовольствия к причинению вреда"; в случае умышленного или по грубой неосторожности нарушения должник возмещает кредитору не только реальный ущерб, но и упущенную выгоду. По нашему же праву упущенная выгода (по общему правилу) возмещается в составе убытков всегда. Подход отечественных ученых видится более предпочтительным, поскольку, во-первых, разграничить умысел и "явное удовольствие к причинению вреда" подчас невозможно, поскольку умысел подразумевает все то же злостное причинение вреда, а во-вторых, тот факт, что вред имуществу кредитора возникает из уголовного преступления, еще не должен сам по себе влечь повышенную гражданско-правовую ответственность. Если приведенная норма нацелена на кражи, тогда выбор законодателя объясним. Но из текста § 1331 ABGB это прямо не вытекает. Допустим, убийство совершено умышленно, а вред имуществу потерпевшего или третьих лиц был причинен по неосторожности или вообще без вины. Неясно, почему в этом случае ценность особого пристрастия также должна быть компенсирована. Все эти противоречия, видимо, должен исправить проект изменений в ABGB 2007 г., разработанный австрийским министерством юстиции, который в п. 4 § 1316 говорит просто: "В случае умышленного причинения вреда чужому имуществу должна быть компенсирована ценность особого пристрастия". Точно так же построена специальная норма применительно к деликтной ответственности (п. 1 § 1324): "Если делинквент уничтожает чужую вещь, он должен возместить ее рыночную стоимость (п. 4 § 1315), а в случае умысла - также ценность особого пристрастия". Об удовольствии к причинению вреда и уголовном преступлении больше не упоминается. Приведенный п. 4 § 1316 далее гласит, что "в случае нарушения договора неимущественный вред должен быть компенсирован, если договор по своей цели направлен, помимо прочего, на удовлетворение неимущественных интересов и эти последние оказались существенно нарушенными, так что надлежащее удовлетворение не может быть получено иначе как путем отмены заключенной сделки". В этой последней норме чувствуется влияние англосаксонской судебной практики, подробнее см. далее настоящий раздел данной статьи. Английский текст приводимых поправок к ABGB подробнее см.: Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012. P. 336, 338. Помимо этого, § 335 ABGB, устанавливающий обязанности недобросовестного владельца при возврате чужого имущества, гласит: "Недобросовестный владелец обязан вернуть не только полученную вследствие владения чужой вещью выгоду, но и ту выгоду, которую получило бы лицо, лишенное владения, а также возместить ущерб, причиненный его владением. В случае если недобросовестный владелец получил свое владение путем совершения запрещенного уголовным законом деяния, возмещение распространяется также и на стоимость особых предпочтений (лица, лишенного владения, которые он находил в вещи)". Статья 162 кн. 3 т. 1 проекта ГУ ред. 1899 г. обязывает недобросовестного владельца к возмещению убытков, причиненных лишением владения, но о ценности особого пристрастия не упоминает (мотивы о ней также умалчивают). Подробнее см.: Гражданское уложение. Кн. 3. Т. 1. С объяснениями. СПб., 1902. С. 537 - 538. Вероятно, отечественные ученые полагали, что, поскольку вещь возвращается законному владельцу в натуре, она возвращается вместе со своей субъективной ценностью, так что повторно

компенсировать ее не нужно (все равно, что возвращать вещь и возмещать ее же рыночную стоимость - получается двойная компенсация). Поэтому снова отечественный подход видится более продуманным.

Таким образом, ст. 117 во взаимосвязи со ст. 118 делает злостного нарушителя обязанным компенсировать кредитору не только его нравственные и физические страдания, причиненные нарушением (моральный вред), но и ту ценность объекта обязательства, которая вытекает из личного отношения кредитора к нему.

Статья 119 проекта ГУ предписывает суду устанавливать размер убытков по своему усмотрению, но с учетом всех обстоятельств дела. Власть суда в таком процессе не может быть произвольной: ст. 117 - 118 не направлены на вознаграждение кредитора за "капризы", так что интерес особого пристрастия к объекту должен быть заслуживающим защиты с учетом общих представлений о морали и справедливости, и доказать наличие этого интереса должен потерпевший в рамках общего бремени доказывания размера убытков, которое он несет <1>.

<1> Сами разработчики в мотивах к ст. 119 (проект ГУ ред. 1899 г. Кн. 5. Т. 1. С. 264 - 265) занимаются примерно тем же, чем и современное научное сообщество, а именно пытаются снизить стандарт доказывания размера убытков: "Наш процесс об убытках, как известно, страдает тем существенным недостатком, что суды <...> могут присуждать лишь такие убытки, цифры которых вполне доказаны". Статья 119 Проекта ГУ должна была получить то же значение, какое сегодня имеет [п. 5 ст. 393](#) ГК РФ.

Французская доктрина долгое время выступала решительно против компенсации какого-либо неимущественного вреда от нарушения договора, однако уже М. Пляниоль подметил, что судебная практика занимает совершенно противоположный подход: потерпевшему кредитору присуждаются денежные компенсации при нарушении самых разных неимущественных интересов, руководствуясь общим принципом предвидимости вреда <1>.

<1> Пляниоль М. Курс французского гражданского права. С. 41 - 42. Помимо этого, различные свидетельства широкого распространения во французских судах компенсации неимущественного вреда см.: Пестржецкий А. Процесс об убытках // Журнал гражданского и уголовного права. 1873. Кн. 2. С. 123 - 128; Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения // Избр. труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. С. 353 - 354; Годэмэ Е. Общая теория обязательств. С. 314 - 315; Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Т. 2. С. 186 - 187; David R. Measure of Damages in the French Law of Contract // Journal of Comparative Legislation and International Law. Third Series. 1935. Vol. 17. No. 1. P. 64; Nicholas B. The French Law of Contract. 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2003. P. 227 - 228.

В странах общего права равным образом потерпевшему предоставляется право на компенсацию неимущественного вреда от нарушения договора другой стороной, в том числе когда объект обязательства обладал для потерпевшего особой нематериальной ценностью. Но пришли к этому, как и во Франции, не сразу. Еще в работах и судебных решениях первой половины XX в. можно было встретить суждения о том, что ценность вещи определяется ее рыночной стоимостью и обращение к интересу особого пристрастия (*pretium affectionis*) для целей оценки вреда не допускается <1>. Но выше уже было отмечено, что разностороннее развитие человеческой личности и общественной культуры, повышение общего уровня жизни и благосостояния, рост идеальных потребностей у населения привели к тому, что все чаще и чаще право становится перед необходимостью дать защиту тому или иному неимущественному интересу. И уже современная литература по английскому договорному праву признает, что у правила о некомпенсации неимущественного вреда при нарушении договора отсутствует внятное

и непротиворечивое политико-правовое основание <2>. Высказано обоснованное предположение, что ключевое решение по делу *Addis v. Gramophone Co Ltd.* (1909), на долгие годы заблокировавшее возможность компенсации неимущественного вреда от нарушения договора, стало результатом ошибки судей, которые не смогли провести различие между штрафными убытками с целью наказать нарушителя (которые по общему правилу за нарушение договора действительно не присуждаются) и компенсацией неимущественного вреда (которая не преследует цели наказания, а служит компенсацией реально понесенного кредитором вреда с той лишь особенностью, что вред этот не имеет имущественного характера) <3>. Отмечается, что "правовая система, которая сосредоточена только на охране интересов материальной выгоды и исключает из своей защиты, например, ценности приятного досуга или общественного блага, неспособна соответствовать устремлениям современного мира. <...> Право должно охватывать своей защитой и те случаи, когда ценность обязательства для кредитора простирается далее получения им простой имущественной выгоды" <4>. Применительно к неимущественному интересу в современном английском договорном праве появился термин *consumer surplus* <5>, **проявивший себя во многих знаковых делах. В деле *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* (1996) по договору подряда подрядчик должен был построить для заказчика бассейн во дворе его дома по заданным параметрам, среди которых была также обозначена глубина. По итогам выполненных работ оказалось, что глубина бассейна составляет 1,8 м вместо предусмотренных договором 2,3 м. Заказчик потребовал возмещения убытков в виде позитивного договорного интереса (*expectation interest* <6>), который, согласно классическим воззрениям, мог быть рассчитан двумя путями - через разницу между рыночной ценой бассейна с надлежащими характеристиками (2,3 м) и стоимостью фактически возведенного (1,8 м) либо же через сумму расходов на восстановление нарушенного права (*cost of cure*), т.е. стоимость переделки проекта с нуля. В первом случае сумма убытков была мизерной и стремилась к нулю, поскольку незначительная разница в глубине бассейна почти не колебала его рыночной стоимости. Во втором случае сумма убытков равнялась 21 560 фунтам. Стало очевидно, что при первом варианте нарушенный интерес кредитора не будет компенсирован, а подрядчики перестанут бояться отклоняться от предусмотренных договором параметров; во втором же случае сумма убытков получилась явно несоразмерной допущенному нарушению (по всем остальным условиям договор был исполнен надлежащим образом). Палата лордов приняла соломоново решение: на довод о том, что существуют только два способа расчета компенсации, лорд *Mustill* указал, что существует только один и называется он "действительно понесенный кредитором вред", который заключался в разочаровании заказчика от неполучения бассейна заявленных параметров. Ведь именно в бассейне глубиной 2,3 м был его неимущественный интерес - *pretium affectionis* (например, рост заказчика мог быть около 2 м, так что итоговая глубина 1,8 м его не удовлетворяла, и т.д.). На этом основании кредитору присудили *loss of amenity damages* ("убытки от неудобства") в сумме 2 500 фунтов <7>.**

<1> "Оценка убытков за потерю [перевозчиком] коробки, в которой находились большие портреты покойной жены потерпевшего, ее отца, матери и сестры и которые невозможно вновь воспроизвести, а также Библия с семейными записями о рождениях, браках, смертях и т.д., производится исходя из реальных денежных потерь, которые потерпевший понес в связи с лишением его этих вещей, и не принимается во внимание субъективная ценность (*fanciful price* - дословно "цена капризов". - М.Л.), которую для потерпевшего они имели по каким-то сентиментальным причинам. Убытки за утрату вещей складываются из их рыночной стоимости в данной местности или расходов на приобретение вещей того же рода и вида. <...> Но там, где вещь вовсе не имеет рыночной стоимости и утраченная вещь не может быть заменена на аналогичную, суды оказываются в большом смятении перед необходимостью выработки надлежащего правового решения, которое было бы определенным и удовлетворительным. <...> Суды занимают такую позицию, что интерес особого пристрастия (*pretium affectionis*) не может быть компенсирован". Подробнее см.: *Carriers. Measure of Damages. Loss of Articles of No Market Value Which Cannot Be Replaced. Missouri, K. & T. Ry. Co of Texas v. Dement*, 115 S. W. 635 (Tex.) //

The Yale Law Journal. Vol. 18. No. 8. June. 1909. P. 643.

<2> Holmes R. Mental Distress Damages for Breach of Contract // Victoria University Wellington Law Review. 2004. Vol. 35. P. 688 - 689.

<3> Treitel G. The Law of Contract. P. 1162; Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages. P. 241, 250.

<4> McKendrick E. Contract Law. 11th Ed. London: Palgrave Macmillan, 2015. P. 343 - 344.

<5> Дословно можно перевести как "излишек потребителя", что плохо отражает смысл. Термин был заимствован из экономической теории ("потребитель" здесь также подразумевается в широком экономическом смысле, не правовом), и под ним понимается разница между ценой, которую потребитель готов заплатить за благо, и рыночной ценой этого блага. Эта разница и отражает личную заинтересованность конкретного лица в данном благе, превышающую его общезначимую полезность (рыночную цену). См. приводившийся выше пример с пластинками и проигрывателем. В деле *Wilson v. Sooter Studios Ltd.* (1988) судья так описал понятие излишка потребителя: "Разница между ценой, которую потребитель в реальности платит за благо, и наивысшей ценой, которую он готов за него заплатить, составляет излишек потребителя. Исходя из этого именно личная ценность блага для потребителя, а не его рыночная цена является надлежащим мерилom истинной стоимости блага, и разница между этой стоимостью и рыночной ценой составляет размер понесенного неимущественного вреда". В решении по рассматриваемому далее делу *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* (1996) читаем: "Эту разницу, в литературе часто называемую излишком потребителя, обычно невозможно точно оценить в деньгах, поскольку она отражает личную, субъективную и неимущественную значимость данного блага для его обладателя. Тем не менее там, где она существует, право должно признать ее и дать потерпевшему компенсацию, если ненадлежащее исполнение обязательства лишает его этой ценности". Подробнее см.: Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages. P. 257, 259.

<6> Ближайший аналог в нашем праве см. принцип полного возмещения убытков ([п. 2 ст. 393 ГК РФ](#)).

<7> Подробнее анализ дела, в том числе перетасовку фактических обстоятельств, при которых заказчик мог бы потребовать возмещения расходов на переделку проекта, см.: McKendrick E. Contract Law. P. 344 - 347.

Еще более интересным представляется дело *Farley v. Skinner* (2001), которое стало важнейшим прецедентом в новейшей истории защиты неимущественных интересов в договоре <1>. Истец договорился с ответчиком о проведении инвестиционной оценки большой загородной резиденции, которую он планировал приобрести. В частности, заказчик ясно поставил перед консультантом вопрос, не будет ли создавать проблем для комфортного проживания близость дома к аэропорту Гэтвик. Ответчик в своем исследовании заключил, что шум самолетов вряд ли станет проблемой, несмотря на то, что некоторые самолеты неизбежно будут пролетать в данном районе в зависимости от направления ветра и размещения воздушных путей. Заказчик приобрел резиденцию и вложил в ее улучшение около 100 000 фунтов. Постепенно обнаружилось, что шум пролетающих воздушных судов мешает комфортному проживанию и пользованию приобретенным имуществом. Заказчик обратился с иском к оценщику, и суд присудил в его пользу 10 000 фунтов за страдания и неудобства, причиненные шумом самолетов. Важно отметить, что уплаченная за дом цена равнялась его рыночной стоимости с учетом расположения, потому присужденная сумма являлась компенсацией именно неимущественного интереса кредитора. Палата Лордов поддержала это решение, указав следующее. Договорная ответственность не служит целью компенсировать кредитору простое разочарование или раздражение, причиненные нарушением обязательства должником <2>. Нарушение договора - это явление гражданского оборота, которое его участники должны воспринимать с необходимой

стойкостью. Но из этого общего правила есть немало исключений (см., например, выше казус с бассейном), и в данном деле Палата лордов расширила критерии, по которым эти исключения должны устанавливаться. В обыкновенной деловой практике инвестиционный консультант не обещает потенциальному покупателю душевное спокойствие без огорчений. Но в данном деле заказчик особенно попросил оценщика исследовать и сообщить уровень шума в данной местности: как указал лорд Clyde, "договор содержал специальное условие, касающееся спокойного пользования имуществом применительно к шуму пролетающих самолетов, что выбивает данное дело из общего ряда". Безусловно, решение получилось достаточно спорным - от ratio decidendi до размера компенсации (некоторым судьям Палаты лордов она показалась чрезмерной, хотя в итоге ее не уменьшили). В начале данной работы общим ориентиром, позволяющим определить подлежащий защите неимущественный интерес, был предложен критерий общественного сочувствия. Если применять его безоговорочно, то возникают сомнения, заслуживает ли рассмотренный интерес защиты или это всего лишь каприз человека с доходом явно выше среднего. С другой стороны, решение по данному делу приближает нас к предложенному И.А. Покровским идеалу защиты интересов конкретного, а не абстрактного человека. Можно было поставить на место истца воображаемого усредненного человека, но английское право пошло иным путем: "Признание судом того обстоятельства, что шум самолетов мешал истцу спокойно наслаждаться своим правом собственности, может показаться весьма маргинальным подходом, имея в виду, что многие другие люди на месте истца особого беспокойства не испытали бы. Но из установленных фактических обстоятельств следовало, что такой шум действительно расстроил привычный образ жизни истца, а именно его "тихий, вдумчивый завтрак", "утренние прогулки по саду", "отдых за напитком перед ужином на террасе". При этом ответчик на суде не пытался доказать, что такие последствия нарушения договора не могли быть им предвидены, поскольку истец при заключении договора прямо обозначил свою заинтересованность в оценке уровня шума и ответчик знал о намерениях истца проживать в тихом и спокойном доме" <3>.

<1> Подробный анализ см.: McKendrick E. Contract Law. P. 365 - 367.

<2> См. также на эту тему: Beatson J., Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract. P. 536 - 537.

<3> McKendrick E. Contract Law. P. 360.

Таким образом, общее правило англосаксонского права о том, что нарушенный неимущественный интерес в объекте договора не подлежит компенсации, постепенно слабеет и обрастает исключениями <1>. Все исключения можно уложить в две широко сформулированные группы: (1) где неимущественный вред стал последствием физического неудобства, причиненного нарушением договора <2>, и (2) где обеспечение или защиту неимущественного интереса кредитора можно назвать важной либо одной из основных целей договора <3>, <4>.

<1> Подробнее о группах исключений см. также: Beale H. (ed.). Chitty on Contracts. 32nd Ed. Vol. 1. General Principles. London: Sweet & Maxwell, 2015. P. 1997 - 2000; Holmes R. Mental Distress Damages for Breach of Contract. P. 689 - 694.

<2> Например, нравственный вред, причиненный непригодностью нанимаемого жилого помещения к проживанию из-за нарушения наймодателем своих обязанностей по производству ремонта - Calebar Properties v. Sticher (1984). Другие примеры см.: Beatson J., Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract. P. 536.

<3> Как в двух приводившихся выше делах: Ruxley Electronics & Constructions Ltd. v. Forsyth

(1996) и *Farley v. Skinner* (2001). В деле *Reed v. Madon* (1989) кладбище в нарушение договора предоставило права на земельный участок третьему лицу, лишив детей (кредиторов по договору с кладбищем) возможности быть захороненными рядом с родителями. Подробнее см.: *Beatson J., Burrows A., Cartwright J. Anson's Law of Contract*. P. 537. Другой интересный пример - канадское дело *Mason v. Westside Cemeteries Ltd.* (1996): хранитель по договору ответственного хранения потерял прах родителей истца. Подробнее см.: *Holmes R. Mental Distress Damages for Breach of Contract*. P. 694. Еще пример из канадской практики - дело *Wepruk v. Great Canadian Van Lines Ltd.* (2009): компания-перевозчик, обеспечивавшая переезд истца в другую местность, потеряла принадлежавшее ему старинное пианино. Подробнее см.: *Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages*. P. 255 - 256.

<4> Применительно к США см. § 353 авторитетного свода-обобщения права штатов *Restatement (Second) of Contracts*, который составляется для судей и юристов Американским институтом права (*American Law Institute*): "Компенсация за эмоциональный вред (*emotional disturbance*) от нарушения договора исключается, если только не доказано, что нарушение также причинило лицу физический вред (*bodily harm*) или имело место нарушение такого вида, что значительный эмоциональный вред (*serious emotional disturbance*) можно было назвать его вероятным последствием". Подробнее см.: *Restatement (Second) of Contracts*. 1981. P. 45 // <http://www.twirpx.com/file/555905/> (дата обращения: 30 сентября 2018 г.). Применительно к Англии все вышеизложенные группы случаев обобщены в аналогичном сборнике *A Restatement of the English Law of Contract* за авторством профессора Оксфордского университета *Andrew Burrows'a*, которому помогали авторитетные английские ученые, судьи и практикующие юристы. Раздел 20(9) ч. 5 этого свода гласит: "При защите позитивного договорного интереса, если потерпевший является физическим лицом, понесшим неимущественный вред в результате нарушения договора, такой вред подлежит компенсации только в случаях: (а) когда данный вред заключается в потере чувства удовлетворенности (*satisfaction*) (например, в лишении личного удовольствия (*enjoyment*), или состояния душевного равновесия (*peace of mind*), или понесенных душевных страданиях (*distress*), и обретение потерпевшим чувства удовлетворенности или отсутствие душевных страданий составляло существенную цель договора (*an important object of the contract*); (б) либо если данный вред заключается в испытанном чувстве физического дискомфорта (*physical discomfort*), или неудобства (*inconvenience*), или перенесенных душевных страданиях (*distress*), ставших последствием такого дискомфорта или неудобства; (в) либо если данный вред заключается в перенесенных боли (*pain*), страданиях (*suffering*) или неудобствах (*loss of amenities*), которые стали последствием причиненного потерпевшему физического вреда (*personal injury*)". Подробнее см.: *Burrows A. (assisted by an advisory group of academics, judges and practitioners). A Restatement of the English Law of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 2016. P. 120.

В Германии компенсация неимущественного вреда с большим трудом пробивает себе дорогу через ограничивающие ее применение нормы закона и консервативную правовую традицию, вдохновлявшую авторов *BGB* <1>. [Параграф 253](#) *BGB* допускает такую компенсацию в случаях, предусмотренных законом, и не уходит далее охраны жизни, здоровья, личной свободы и некоторых иных нематериальных благ <2>. Более того, со ссылкой на мотивы к *BGB* и исторический опыт отмечается <3>, что германские нормы, позволяющие в ограниченных пределах компенсацию неимущественного вреда (ранее § 847, сейчас § 253 *BGB*), представляют собой вовсе не компенсацию в строгом смысле, а **воздаяние** (нем. *Busse*, англ. *atonement*). Соответственно, если компенсация обращена к потерпевшему, то воздаяние обращено к нарушителю: это расплата за совершенное деяние. И для расчета этой суммы учитывается не понесенный потерпевшим вред, а размер вины нарушителя (каждый отвечает соразмерно своей вине). Такой подход к компенсации неимущественного вреда якобы сближает § 253 *BGB* с англосаксонским институтом штрафных убытков (*punitive damages*), которые также присуждаются сообразно вине нарушителя за особо злостный характер нарушения <4>. Представляется, что данное рассуждение, несмотря на наличие доводов в его пользу (в частности, публично-правовые корни и штрафная природа германского *Busse* <5>), является неверным. Поскольку в Германии

потерпевший вправе требовать денежную сумму только за определенный в законе неимущественный вред (телесные повреждения, лишение свободы и т.д.), то для удовлетворения своего требования потерпевший должен будет доказать, что он этот вред действительно понес и что этот вред причинен поведением нарушителя. В таком случае, даже если судья будет сообразовывать размер денежного присуждения со степенью вины нарушителя, итоговая сумма все равно останется на началах компенсационности, поскольку германское право не допускает взыскания с нарушителя определенной денежной суммы на основании одного того, что обязательство нарушено со злым умыслом (как это возможно применительно к штрафным убыткам). Вместе с тем ограничение в германском праве случаев ответственности (как договорной, так и внедоговорной) только определенными законом видами неимущественного вреда критиковалось еще в классической литературе <6>. Такой подход, несмотря на заслуживающие одобрения усилия судебной практики в его постепенном преодолении, тем не менее в силу его половинчатости, абстрактного восприятия человека, которое недопустимо, когда речь идет о неимущественных интересах, а также по остальным излагаемым в настоящей работе причинам едва ли может быть признан правильным в современном мире.

<1> Негативное отношение к компенсации нарушений неимущественных интересов в первое время действия BGB зафиксировал, например, Я.А. Канторович, подробнее см.: Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. С. 190 - 191. Классики германской пандектистики по поводу интереса особого пристрастия и возможности для суда при определении размера компенсации выйти за пределы рыночной стоимости вещи высказывались весьма неопределенно и скорее отрицательно. Г. Дернбург писал, что потерпевший от нарушения договора может выйти за пределы рыночной стоимости вещи, но при этом не принимаются во внимание исключительно субъективные взгляды и чувства. Может подлежать возмещению интерес, не касающийся имущественной сферы потерпевшего, если речь идет о нравственном удовлетворении (ссылка на § 253 BGB, недостатки которого обсуждаются далее). Подробнее см.: Дернбург Г. Пандекты Т. 2. Вып. 3 русского перевода. Обязательственное право. М., 1911. С. 119. Б. Виндшейд писал, что интерес определяется через вещевую стоимость, наклонности и вкусы потерпевшего не принимаются во внимание. Правда, тут же оговаривается, что при определении интереса следует принимать в соображение "особенные фактические отношения, в которых находится веритель, но не особенные его субъективные склонности". Подробнее см.: Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875. С. 23 - 25. Ф.К. Савиньи отмечал, что интерес, основанный на субъективной оценке, принимается в расчет в исках *bonae fidei*. Подробнее см.: Савиньи Ф.К. Система современного римского права. Т. III. М., Одесса, 2013. С. 618 - 619. Наконец, Ю. Барон писал, что личная привязанность верителя при определении размера компенсации в расчет не принимается. Подробнее см.: Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб., 2005. С. 618. Все эти взгляды, основанные на постулатах классического римского права, конечно, не могли не повлиять на содержание BGB, несмотря на провозглашенный разработчиками "социальный дух" нового закона.

<2> Marsh P.V.D. Comparative Contract Law: England, France, Germany. Brookfield: Gower, 1996. P. 342; Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. P. 482 - 485; Palmer V.V. (ed). The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law. P. 105 - 106. Применительно к деликтной ответственности см.: Markesinis B., Unberath H. The German Law of Torts. A Comparative Treatise. 4th Edition. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2002. P. 933, 936. Определенное прогрессивное развитие можно отметить только в сфере защиты так называемых прав личности (честь, достоинство, деловая репутация, право на изображение, частную жизнь и т.д.), где в судебной практике с половины прошлого века распространено расширительное (а по сути - *contra legem*) толкование § 253 BGB и присуждение компенсации через прямое применение Основного Закона ФРГ 1949 г. Подробнее см., например: Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право. В 2 т. М., 2011. С. 703, 719.

<3> Behr V. Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts // Chicago-Kent Law Review. 2003. Vol. 78. Issue 1. P. 130 - 136.

<4> Behr V. Op. cit. P. 132 - 136.

<5> Кривцов А.С. [Общее учение об убытках](#). С. 1 - 5, 9 - 11; Автономов А.С., Артемов В.Ю., Власов И.С. и др. [Возмещение материального вреда потерпевшим](#). Сравнительно-правовое исследование: Научно-практическое пособие / Отв. ред. С.П. Кубанцев. (СПС "КонсультантПлюс"); Behr V. Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts. P. 132.

<6> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 119 - 124.

Швейцарское гражданское уложение поначалу тоже восприняло германский подход компенсированности неимущественного вреда только в случаях, оговоренных законом (ст. 28 Швейцарского уложения) <1>. Однако во второй половине XX в. редакция ст. 28 претерпела существенные изменения <2>, введены были также дополнительные ст. 28а - 28l, регулирующие защиту личных неимущественных прав, так что теперь содержательно в этом отношении швейцарский Кодекс ближе скорее к французскому праву, чем к германскому <3>. Помимо этого, в ст. 49 ШОЗ содержится дополнительное правило: "Тот, чьи права личности были нарушены противоправно, имеет право получить денежную сумму в качестве возмещения морального вреда, если тяжесть нарушения это оправдывает и причинитель вреда не предоставил иного удовлетворения". Эта норма является наследницей еще более широкого правила, действовавшего в Обязательственном законе 1881 г., и продолжает политику, направленную на доставление потерпевшему возможно большего количества способов компенсировать нарушенный интерес, который, по словам швейцарских комментаторов, "определяется не in abstracto, а в связи с самой личностью потерпевшего" <4>.

<1> Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. 1. Киев, 1917. С. 65.

<2> Если ранее потерпевший мог потребовать денежную компенсацию только в случаях, предусмотренных законом, то в новой редакции ст. 28 Гражданского уложения гласит: "Нарушение [неимущественных интересов] считается противоправным, если только оно не совершено с согласия потерпевшего либо не наличествуют более значительные частные или публичные интересы или предписание закона". Пункт 3 ст. 28а: "Потерпевший равным образом сохраняет возможность предъявить требования об убытках и ином удовлетворении, а также о передаче доходов по правилам о ведении чужого дела без поручения".

<3> Текст новых статей см.: Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 January 2017) // <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201701010000/210.pdf> (дата обращения: 30 сентября 2018 г.).

<4> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 120 - 121; Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. 2. Киев, 1915. С. 226 - 227.

3. Умышленный или по грубой неосторожности деликт

Что касается обязательств из причинения вреда, то здесь составители проекта ГУ не смогли определенным образом избрать тот или иной подход к проблеме субъективной ценности, придя к паллиативному решению, которое внесло только путаницу.

Статья 1082 кн. 5 т. 5 проекта ГУ ред. 1899 г., которая определяет способы возмещения вреда, причиненного имуществу, в своем абз. 3 гласит: "При определении стоимости имущества

принимается во внимание не только обыкновенная (рыночная или биржевая) цена, но и та ценность, какую оно имело для потерпевшего по своей особой пользе или по своему особому назначению в составе остального имущества его". Если при нарушении договорного обязательства особая ценность имущества компенсируется только в случае злого нарушения, то применительно к деликтной ответственности законодатель не делает различий между формами вины. Разработчики обосновывают такой выбор всецело восстановительной природой деликтной ответственности, которая не должна содержать в себе карательного элемента <1>. Далее разработчики пишут, что бремя доказывания наличия у имущества особенной ценности лежит на потерпевшем, который должен убедить суд, что вещь имела для него "большую ценность по особому удобству или пользе" или "благодаря отношению данной вещи к другим вещам", приводя в пример уничтожение одной лошади редкой масти в составе пары, настольной книги с рукописными заметками, вещи, входящей в состав разрисованного по особому заказу сервиза <2>. А затем продолжают: "Но потерпевший не имеет права требовать вознаграждения в высшем размере, если поврежденная или истребленная вещь сама по себе имеет лишь обыкновенную цену, но особенно дорога для потерпевшего по каким-либо чисто личным причинам, например, если он чрезвычайно дорожил ею как подарком, полученным от любимого отца. Подобные личные чувства не только трудно доказываются, но они не поддаются имущественной оценке" <3>. Разработчики упоминают подход Австрийского уложения (§ 1331 ABGB) и сознательно отвергают его, отмечая, что норма проекта ГУ, "предоставляя принимать во внимание высшую ценность предмета, которую он имел для потерпевшего по своей особой пользе или по своему особому назначению в составе остального имущества его, указывает на **внешние** признаки для определения стоимости предмета и тем самым устраняет определение размера вознаграждения по большей или меньшей привязанности потерпевшего к утраченной вещи" <4>.

<1> Гражданское уложение в ред. 1899 г. Кн. 5. Т. 5. С. 549.

<2> Там же.

<3> Там же.

<4> Там же. С. 550.

Представляется, что по части деликтной ответственности составители проекта ГУ слишком перемудрили, разрываясь между различными подходами западноевропейских правовых порядков.

Во-первых, в системе единой гражданско-правовой ответственности нарушились баланс и равенство. Если при нарушении договора должник компенсирует особенную ценность имущества только при наличии умысла или грубой неосторожности, то для делинквента дифференциация по формам вины не делается <1>.

<1> На это несоответствие обращал внимание И.А. Покровский: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 121 - 122; Он же. Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. С. 17 - 18.

Во-вторых, обоснование такому решению - "деликтная ответственность не должна содержать карательного элемента" - ошибочное. Повышенный размер ответственности для злого нарушителя договора не означает привнесение карательного элемента в договорную ответственность (ср. английский институт штрафных убытков - punitive damages). В отношении такого нарушителя лишь используется **иной подход к определению юридически значимой причинно-следственной связи**, а именно не применяется принцип предвидимости вреда <1>. Ценность особого пристрастия имеет в виду дополнительную личную стоимость вещи, по поводу

которой на судебном процессе могут вестись споры. Получая денежное присуждение, потерпевший получает **компенсацию** (вознаграждение, утешение) за утраченную ценность, в то время как карательный элемент предполагает штраф в пользу потерпевшего, независимо и вне связи с понесенным ущербом. Поэтому должник при компенсации субъективной ценности вовсе не наказывается судом: нарушая основополагающие принципы, на которых зиждется оборот, должник тем самым соглашается нести повышенную ответственность, которая для потерпевшего остается восстановительной (компенсационной).

<1> Мы исходим из того, что причинно-следственная связь в области гражданско-правовой ответственности составляется из четырех элементов: теория необходимой причины (*conditio sine qua non*, BUT FOR test), теория достаточной причины (NESS test), митигация (*mitigation*) и предвидимость убытков (*foreseeability of damages*). Эта система не идеальна, но может служить суду ориентиром. Подробнее см., например: Байбак В.В. [Причинная связь как условие договорной ответственности: сравнительно-правовой очерк](#) // Вестник ВАС РФ. 2014. N 6. С. 4 - 21.

В-третьих, как видно из приведенных цитат, "особая ценность", введенная разработчиками проекта ГУ, - это не рыночная стоимость, но и не ценность особого пристрастия. Составители Уложения разработали некую третью цену, контуры которой нащупываются с трудом. Если это лошадь редкой масти или сервис ручной работы, значит, и на рынке такие товары будут стоить дорого. О возмещении стоимости всего сервиса или всей упряжки лошадей составители проекта ГУ речи не ведут. Пример с исписанной настольной книгой больше походит на рассматриваемую в данной работе ценность особого пристрастия. Поэтому о содержании придуманного разработчиками явления остается только гадать <1>. Более того, можно заметить, что применительно к двум разным институтам разработчики используют одну формулировку - "ценность, какую имущество имело для верителя по своей особой пользе или по своему особому назначению в составе отдельного его имущества": применительно к договорной ответственности здесь имеется в виду интерес особого пристрастия, применительно к деликтной - некий иной институт *sui generis*. Это уже грубое нарушение правил юридической техники, обусловленное досадной несогласованностью действий составителей.

<1> Судя по тексту мотивов, изложенному выше, составители проекта ГУ имели в виду ценность, обозначаемую в римских источниках терминами *utilitas* и *id quod interest*, более известную современному праву (особенно англосаксонскому, где она используется в качестве базового критерия для оценки убытков) под словосочетанием *value to the owner* ("ценность для конкретного обладателя"). От рыночной стоимости эта мера ценности отличается тем, что за основу берет не меновую стоимость блага для всех (объективную полезность), а его экономическую пользу для конкретного лица, обладателя этого блага. От субъективной же ценности, в основе которой лежит интерес особого пристрастия, ценность для конкретного лица отличается тем, что не принимает в свой расчет нематериальные отношения, чувства и побуждения обладателя блага, а руководствуется только экономическими (имущественными) критериями, которые хотя и индивидуальны для конкретного лица, но все же поддаются объективной оценке (как в примере с лошадью редкой масти в составе пары). Подробнее см.: Matthews N. *The Valuation of Property in the Roman Law*. P. 244 - 247.

Неслучайно в позднейшей сводной редакции Уложения, изданной в 1905 г., цитируемый абзац был исключен вместе с его особым толкованием (см. ст. 2617) <1>. Но это не решило всех проблем, поскольку дисбаланс между регулированием договорной и деликтной ответственности остался.

<1> Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского уложения. С. 251.

Великолепно по рассматриваемой проблеме высказался И.А. Покровский: "Некто разбил картину, нарисованную моей невестой и которую я не отдал бы за 1 000 руб.; но так как это лишь мой интерес особого пристрастия, то виновник [согласно подходу к деликтной ответственности, избранному разработчиками проекта ГУ] обязан будет уплатить мне не 1 000 руб., а лишь, быть может, какие-нибудь 50 копеек. Этот пример наглядно покажет нам, **что такое есть собственно этот интерес особого пристрастия: это есть не что иное, как именно нравственный вред, и решение вопроса об этом интересе, конечно, зависит всецело от того, какую позицию занимает то или другое законодательство по отношению к этому последнему, нравственному вреду** (выделено мной. - М.Л.). И несомненно, раз законодательство, подобно нашему проекту, станет на точку зрения принципиального признания этого вреда, раз оно допустит оценку его даже при неисполнении обязательств, то, чтобы не впасть во внутреннее противоречие с самим собою, оно должно признавать и интерес affectionis. <...> По нашему мнению, одно из двух: или признавать нравственный вред или не признавать; но раз признавать, нужно быть последовательным и признавать его везде, в частности же не повторять доктрины о невознаградимости интереса особого пристрастия - доктрины, выросшей на совершенно другой почве" <1>. Под нравственным вредом И.А. Покровский, согласно с текстом проекта ГУ, понимает современный моральный вред в смысле физических и нравственных страданий.

<1> Покровский И.А. Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. С. 18 - 19.

В то же время именно деликтной ответственности соответствовал бы подход, выработанный разработчиками проекта ГУ применительно к ответственности из нарушения договора. Как можно заметить, данное законодательное решение основывается на дифференциации форм вины: вина разделяется на умысел и грубую неосторожность (которые идут в связке) и неосторожность легкую. Проще говоря, повышенная ответственность распространяется только на злого нарушителя чужой имущественной сферы. Дифференциация последствий в зависимости от формы вины характерна больше для деликтной ответственности, чем для договорной <1>. Для последней же важно установить вину как таковую, а выявить ее конкретную форму подчас затруднительно. Впрочем, для обеспечения единообразия в регулировании условий компенсации интереса особого пристрастия необходимо избрать единый подход. Дифференциация форм вины для размера договорной ответственности широко распространена в национальных правовых порядках и в международном частном праве (см. выше), да и в отечественном праве есть важный [п. 4 ст. 401 ГК РФ](#).

<1> На это обращал внимание составителей проекта ГУ еще И.А. Покровский, комментируя обсуждаемые статьи, см.: Покровский И.А. Справедливость, усмотрение судьи и судейская опека. Киев, 1901. С. 14 - 15. В нашем современном праве примеры см.: [п. 1 ст. 1079](#), [ст. 1083](#), [п. 4 ст. 1090](#) ГК РФ.

Во Франции возможность компенсации неимущественного вреда вследствие особенной значимости вещи для потерпевшего в науке продолжает обсуждаться, но в судебной практике давно не вызывает сомнений. Принципиальная позиция по данному вопросу была озвучена еще в 1833 г., когда Кассационный суд указал, что неимущественный вред хотя и не может по объективным критериям быть переведен на деньги, тем менее существует в действительности точно так же, как и вред имущественный, а потому должен быть компенсирован по общим правилам деликтной ответственности <1>. В деле Lunas'a (так звали домашнюю собаку) 1962 г.

потерпевшему была присуждена денежная компенсация за понесенные страдания в связи с утратой любимого питомца. В 1989 г. Кассационный суд поддержал компенсацию вреда от потери памятных фотографий с проведенного отпуска <2>.

<1> Koziol H. (ed.). Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective. P. 39.

<2> Ibid.

Компенсация находимой в имущественном благе нематериальной ценности при совершении деликта допустима и в современном англосаксонском праве <1>, хотя еще в недалеком прошлом суды достаточно консервативно подходили к данному вопросу <2>.

<1> В целом резюме об этом см.: Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages. P. 124 - 125, 247.

<2> Так, в американском деле штата Калифорния *McCallister v. Sappinfield* (1914) истец взыскивал с ответчика компенсацию за убийство своей шотландской овчарки. Собака имела богатую родословную, была хорошо дрессирована, охраняла пастбища и была надежным защитником ночного спокойствия супруги истца. Суд учел все эти обстоятельства (родословную, специальные умения) как влияющие на рыночную стоимость утраченной вещи, но во взыскании компенсации за нарушение интереса особого пристрастия (боль утраты любимого питомца) отказал. Подробнее см.: *Animals: Measure of Damages for Loss of Dog // California Law Review*. Vol. 3. No. 3. March. 1915. P. 231 - 233. Комментарий не без грусти замечает, что, будь судьей Р. Киплинг, решение могло быть другим. Однако в эту же эпоху начала XX в. возникают интересные дискуссии по рассматриваемой теме: "Как это часто бывает, вещь может вовсе не иметь рыночной стоимости, как в случаях с семейными портретами или строительными планами. В таких делах рыночная стоимость вещи просто не может быть взята за основу определения размера компенсации. Она имеет значение не большее, чем просто одно из доказательств ущерба наряду с прочими. Если такое доказательство по каким-то причинам не отражает действительно понесенный потерпевшим вред, оно должно быть без колебаний отвергнуто, что и делают суды. В этом случае, однако, возникает проблема, какие же критерии класть в основу присуждения справедливой компенсации. <...> Ведь если вещь не имеет рыночной стоимости, то это еще не означает, что она ничего не стоит". Подробнее см.: *Assessment of Damages Where Property Has No Market Price // Columbia Law Review*. Vol. 22. No. 5. May. 1922. P. 455 - 456. В одном американском штате суд прямо спросил потерпевшего: "Сколько эта вещь стоит лично для вас?" В другом штате такой подход был отвергнут. Подробнее см.: *Ibid*. P. 457. С учетом этих колебаний стоит отметить, что по-настоящему большой шаг вперед в деле компенсации неимущественных интересов в имущественных благах англосаксонское право сделало только в последние десятилетия.

Во введении к настоящей работе приводился отечественный пример с противоправно спиленным на чужом земельном участке деревом, имевшем для его собственника повышенную неимущественную ценность. В судебной практике стран общего права, например Канады, рассматривалось немало похожих дел: везде потерпевшим присуждали денежную компенсацию - даже когда рыночная стоимость земельного участка после деликта не изменялась: т.е. признавали право на защиту чисто неимущественного интереса в вещи <1>.

<1> См. дела: *Kates v. Hall* (1991) (ответчик нарочно срубил несколько деревьев на участке истца, чтобы улучшить вид со своего участка), *Koppo v. Harrison-Jones* (2011) (подрядчик ответчика неосторожно срубил несколько деревьев на участке истца), *Kranz v. Shidfar* (2011) (ответчик

случайно срубил 10 деревьев на участке истца), Callen v. Babe (2008) (несколько деревьев на участке истца сгорело от распространившегося огня при пожаре на соседнем участке ответчика). Подробнее см.: Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages. P. 90 - 91, 124, 247.

Повышенной защитой в английском праве пользуется также неимущественный интерес собственника в своем жилище <1>. В деле Attia v. British Gas (1988) женщина, вернувшись домой, обнаружила свой дом пылающим в огне. Причиной пожара была признана неправильная установка центрального отопления. Помимо собственно материальных потерь, суд присудил женщине компенсацию неимущественного вреда на фоне развившегося психического расстройства вследствие пережитого. Апелляционный суд поддержал решение о выплате компенсации с опорой на принцип предвидимости вреда. Однако в комментариях к этому делу отмечается, что более разумным объяснением приведенного подхода могло бы стать признание того, что жилище для человека имеет такую повышенную эмоциональную значимость, что его потеря примерно сопоставима с потерей близкого родственника, хотя и не эквивалентна ей <2>.

<1> См. также дискуссию о защите так называемых home interests в подразделе 2 раздела I настоящей работы.

<2> Подробнее см.: Mullis A., Oliphant K. Torts. 4th Ed. London: Palgrave Macmillan Law Masters, 2011. P. 40; McBride N.J., Bagshaw R. Tort Law. 5th Ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2015. P. 354.

В литературе по английскому праву отмечается, что компенсация неимущественного вреда, в отличие от случаев нарушения договора, применительно к деликтной ответственности просто "процветает" <1>. Характерно, что английское право разрешает дискуссию о природе вреда, причиняемого нарушением интереса особого пристрастия, в пользу его **неимущественного** характера. Чтобы оценить стоимость имущества для целей расчета убытков, английское деликтное право отсылает участников этих отношений к рыночной стоимости имущества либо к концепции value to the owner (последняя, в целом, является базовым правилом для расчета стоимости имущества, но на деле редко отличается от рыночной стоимости и ярко себя не проявляет) <2>, но не упоминает о влиянии каких-либо неимущественных факторов на результат оценки. И, наоборот, когда говорят о компенсации нематериальной ценности, находимой в имущественном благе, то укладывают эту компенсацию в категории вознаграждения за неудобства (damages for loss of amenities, damages for inconvenience), штрафных убытков (punitive [aggravated, exemplary] damages), компенсации за невозможность использования, необязательно связанную с извлечением прибыли (damages for loss of use), расходов на восстановление неэкономического интереса (cost of uneconomic repairs), компенсации нравственного вреда (damages for emotional [mental] distress), наконец, в доктрину излишка потребителя (consumer surplus) <3>. Поэтому не стоит искать в английском праве строгого аналога континентальному институту интереса особого пристрастия. У неимущественного вреда в Англии существует своя собственная типология, и то, что мы условились называть интересом особого пристрастия, может в большей или меньшей степени проявляться в конкретном типе неимущественного вреда, компенсация которого доступна пострадавшему от деликта. Все эти категории содержательно пересекаются с выросшей на почве континентального права категорией интереса особого пристрастия.

<1> Koziol H. (ed.). Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective. P. 389 - 390.

<2> Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages. P. 124; Bridge M. Personal Property Law. 4th Edition. Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 114; Bridge M., Gullifer L., McMeel G., Worthington S. The Law of Personal Property. 1st Edition. London: Sweet & Maxwell, 2013. P. 549; Peel W.E., Goudkamp J. Winfield and Jolowicz on Tort. Para. 23 - 109. P. 378 - 381; Mullis A., Oliphant K.

<3> Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages. P. 124 - 125, 247; Koziol H. (ed.). Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective. P. 389 - 390.

4. Вопрос о неосновательном обогащении

Одним из критериев, по которым разграничиваются обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения, является вина, которая должна быть на стороне причинителя вреда в форме умысла или неосторожности <1>. Для случаев неосновательного обогащения вина обогатившегося значения не имеет; при ее признаках можно говорить уже о деликте <2>. "[Неосновательное] обогащение является **стечением обстоятельств**, обогативших одно лицо **помимо его воли** <3> (выделено мной. - М.Л.) в ущерб другому <4>", в связи с чем вменять обогатившемуся обязанность компенсировать потерпевшему ценность особого пристрастия нельзя. Если же утрата субъективной ценности произошла после того, как лицо узнало о неосновательности своего обогащения, в результате виновного деяния обогатившегося, то в этом случае также должны включаться правила деликтной ответственности, что возвращает нас к предыдущему подразделу. Из этого можно сделать вывод, что неосновательное обогащение само по себе не порождает для обогатившегося обязанности компенсировать потерпевшему утраченную ценность особого пристрастия.

<1> Этот классический некогда постулат давно подвергается серьезной критике и проходит стадию коренного переосмысления. Помимо давно привычных нам случаев безвиновной ответственности за причинение вреда деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих (источник повышенной опасности) и некоторых других примеров, см., например, широкую дискуссию о распространении безвиновной ответственности (strict liability) на большинство деликтов и вообще о замене всего деликтного права комплексной системой социального обеспечения. В частности, утверждается, что "апология безвиновной деликтной ответственности лежит в плоскости осознания простого факта несправедливости для общества в целом извлекать выгоду за счет конкретного потерпевшего". Подробнее см.: Mullis A., Oliphant K. Torts. P. 166 - 167, 170.

<2> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 591.

<3> Утверждается, что в этом признаке кроется еще одно отличие кондикционного обязательства от деликта. Как отграничить **случайное** причинение вреда от обязательства из неосновательного обогащения, если оба лишены признака вины? Ошибка в этом вопросе повлечет важные практические последствия: в первом случае вред по общему правилу не возмещается, во втором - обогащение возвращается или компенсируется его стоимость. Дело в том, что у случайного деликта отсутствует только вина, но налицо само деяние делинквента в форме действия или бездействия, которое всегда является **волевым**. Неосновательное обогащение же, согласно данной позиции, возникает **независимо от воли** обогатившегося, т.е. на его стороне нет не только вины, но и деяния. Однако доктрине и практике известны случаи **очевидно волевого** пользования чужим имуществом без правового основания, которые обсуждаются по правилам о неосновательном обогащении (например, когда собственник здания владеет и пользуется земельным участком под ним из публичной собственности без заключения договора аренды, и некоторые другие подобные казусы). Эти случаи образуют некую "серую зону" волевого безвиновного поведения, квалификация которого в качестве деликта или неосновательного обогащения представляет собой большую проблему для доктрины и практики, попытки разрешения которой мы не можем предпринимать в рамках настоящей работы.

<4> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 590 - 591.

5. Вопрос о соотношении правил компенсации интереса особого пристрастия с объективной добросовестностью

Проблема заключается в том, должно ли лицо - предполагаемый нарушитель - знать о субъективной ценности блага для его обладателя и учитывать это обстоятельство в своем поведении. Представляется, что любое разрешение этого вопроса не предрешает вопроса о вине. Для пояснения возьмем самый простой пример деликта: мой товарищ разбил мою вазу. Он мог знать о том, что эта ваза перешла ко мне от моей бабушки, что она хранит на себе память о ней, и специально разбить эту вазу, чтобы тем причинить мне нравственное потрясение. В то же время он мог разбить мою вазу нарочно, из зависти, что она такая красивая, или из иных неприязненных чувств ко мне, но совершенно не предполагать, что эта ваза имеет для меня какую-то иную ценность, кроме рыночной. Наконец, он мог знать о долгой и личной для меня истории этой вазы, но разбить ее вовсе невиновно: например, пока он ее рассматривал, другой мой товарищ задел или толкнул его так, что ваза выпала из рук и разбилась.

Таким образом, знание об особенной ценности вещи не может создавать какую-либо презумпцию в пользу того, что вред причинен виновно. Однако выяснение вопроса о том, знал или должен был знать нарушитель обязательства или причинитель вреда о ценности особого пристрастия, может помочь в установлении вины и ее формы. Умысел, как мы убедились, не зависит от знания или незнания о ценности особого пристрастия. Но если обязательство нарушено или вред причинен по неосторожности и возникает затруднение установить, легкая это неосторожность или грубая, то **знание или долженствование знать о наличии у блага ценности особого пристрастия свидетельствует о грубой неосторожности должника**. Если мой знакомый знает или он по обстоятельствам дела должен знать, что эта ваза мне лично дорога, и он ее разбивает по неосторожности, то такая неосторожность может быть только грубой. Знание о том, что эта ваза мне особенно дорога, предполагает принятие моим товарищем особенных мер заботливости и осмотрительности. Мы всегда очень осторожно трогаем и рассматриваем дорогое (то, что имеет высокую рыночную стоимость), потому что знаем, что в случае чего сумма возмещения будет значительной. Так и здесь: если мой товарищ знает о бесценности для меня этой вазы и все равно просит ее лично осмотреть и поддержать, пусть дополнительно озаботится о ее сохранности или же будет принужден компенсировать мне мои нравственные переживания. Конечно, если его толкают в спину или задевают так, что ни один обычный человек вазу не удержит (иначе говоря, если вред причиняется невиновно), то любая ответственность исключается. Но коль скоро в его деянии просматривается неосторожность, такая неосторожность может быть только грубой. Те же правила применяются и к договорным обязательствам (например, мою вазу взяла на реставрацию по договору подряда мастерская в форме ООО).

Объединяя все вышесказанное, можно прийти к установлению следующего правила: если вред причинен (обязательство нарушено) виновно и нарушитель знал или должен был знать о наличии у блага субъективной ценности, он эту ценность должен компенсировать. Если не знал и не должен был знать, то ответственность наступает только за умысел или грубую неосторожность <1>.

<1> Это правило входит в гармонию и с принципом предвидимости вреда, по которому непредвиденный вред возмещается только в случае злого нарушения (умысла или грубой неосторожности).

III. ОСНОВНЫЕ СПОСОБЫ КОМПЕНСАЦИИ ЦЕННОСТИ ОСОБОГО ПРИСТРАСТИЯ

1. Компенсация морального вреда

Мы уже убедились, что умалением ценности особого пристрастия потерпевшему причиняется неимущественный вред, который в отечественном праве существует в рамках морального вреда. Для нашего права это утверждение является сколь правдивым, столь же и горьким, учитывая печальное состояние теории и практики компенсации морального вреда в России. Компенсация интереса особого пристрастия не распространена на практике не потому, что это принципиальная позиция законодателя, высших судов или доктрины, а по причине того, что эта частная проблема упирается в более общую и без решения этой последней двинуться далее невозможно. Проблема морального вреда - предмет отдельного исследования, однако решить ее - значит сделать большой шаг вперед на пути к компенсации ценности особого пристрастия. И наоборот, указать в данной работе на компенсацию морального вреда и этим ограничиться - значит сохранить положение в его нынешнем виде и оставить потерпевшего без правовой защиты. Поэтому в рамках данной работы считаем необходимым изложить в общем виде причины, породившие печальное состояние института морального вреда в нашем праве, поскольку точное выявление этих причин предопределяет пути преодоления сложившихся затруднений.

1. Отсутствие культуры компенсации морального вреда в России.

В дореволюционном праве этот институт не был достаточно развит <1>, как и в большинстве европейских стран, за исключением Франции и Англии. Россия стала совершенствовать свои правила о компенсации неимущественного вреда вместе с остальными странами на рубеже XIX - XX вв., наибольших успехов добившись в проекте ГУ. Однако преобразовательному процессу по понятным причинам не удалось завершиться, в то время как западные страны продолжили развиваться в этом направлении. В советское время дело долго не могло сдвинуться с мертвой точки: первые подвижки начались благодаря Е.А. Флейшиц, однако и она держалась принципа недопустимости спекуляции идеальными благами, так что эти последние в ограниченном числе стали защищаться, но ровно постольку, поскольку их нарушением потерпевшему причинялись убытки. Компенсация чисто неимущественного вреда отсутствовала. Таким образом, институт морального вреда и обязанность его компенсации появились только в новейшей нашей истории с распадом СССР. Мы, по существу, должны учиться этому делу с нуля, не имея почти никакого собственного опыта за спиной. Но вместо поступательного развития в этом направлении негласно предложено было остановиться в самом начале пути, ограничившись редкими мизерными компенсациями для того, чтобы иметь свидетельство формальной работы этого института. Еще хуже ситуация обстоит с компенсацией репутационного вреда юридических лиц, по поводу которой принципиальная позиция отсутствует даже у самого закона, а положительная судебная практика появляется внезапно раз в несколько лет по "особенным" делам, чтобы затем снова скрыться за горой отказных решений.

<1> Проект ГУ так и не был введен в действие, а действовавшее законодательство совсем не знало института компенсации морального (нравственного) вреда. Возмещались лишь убытки, будь то реальный ущерб или потери в заработке, либо же налагались алиментные, по сути, обязанности по содержанию, например, лишенной чести девушки, которая вследствие обещания не могла выйти замуж. Подробнее см., например: Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. 2. С. 226 - 240.

2. Несогласованность правил о компенсации морального вреда с другими мерами гражданско-правовой ответственности.

Данная проблема большею частью касается отношений с участием потребителей: противоречивое регулирование этой сферы также не дает нормально развиваться институту морального вреда. Новое российское гражданское право, следуя западным образцам, пошло по пути всесторонней защиты прав потребителей, установив на их пользу самые разнообразные денежные санкции: это и драконовские пени в 1 и 3% <1>, и убытки в полной сумме сверх

неустоек <2>, и потребительский штраф в размере 50% от всей присужденной в пользу потребителя суммы <3>, и моральный вред <4>. Вряд ли можно возразить на утверждение, что если эти меры ответственности будут применены к нарушителю в полном объеме без широкого судебного вмешательства, то остро встанет проблема безосновательной перекомпенсации потребителей. В результате оправдывает себя поговорка про то место, куда обычно ведут благие намерения: с одной стороны, перед нами всецело пропотребительское регулирование, с другой - хаотичная судебная практика уменьшения неустоек в десятки раз <5>, отказа во взыскании убытков по надуманным основаниям (с установлением высочайшего стандарта доказывания) и даже уменьшения пятидесятипроцентного штрафа <6>, который вроде бы по самому своему смыслу не может быть снижен. Большинство приведенных штрафных санкций заведомо завышены и лишены критерия оценки их соразмерности <7>, в результате чего суд, творя справедливость по своему усмотрению и заботясь о присуждении в пользу потребителя сбалансированной умеренной суммы, совсем не склонен входить в обсуждение понесенного морального вреда (и уж тем более какого-то интереса особого пристрастия). И без того потребитель получает достаточное удовлетворение, а кроме того, присуждая в пользу потерпевшего компенсацию морального вреда (а равно и пени с убытками), суд еще держит в уме пятидесятипроцентный штраф и рассчитывает итоговую компенсацию так, чтобы вместе со штрафом получилось нечто адекватное. В итоге эти карательные меры ответственности просто мешают суду сосредоточиться на оценке реально понесенных потерпевшим потерь и вреда, в том числе морального. Можно было бы по-другому взглянуть на проблему, если бы суд при оценке соразмерности неустойки учитывал не только имущественные, но и иные заслуживающие внимания интересы кредитора, однако у нас даже оценочная (не штрафная) неустойка проверяется только на соразмерность ее имущественным потерям потерпевшего <8>. Существующий хаос в этой области нельзя признать нормальным.

<1> См.: [ст. 23](#) и [28](#) Закона РФ от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей".

<2> См.: [п. 2](#) и [3 ст. 13](#) Закона РФ от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей".

<3> См.: [п. 6 ст. 13](#) Закона РФ от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей".

<4> См.: [ст. 15](#) Закона РФ от 07.02.1992 N 2300-1 "О защите прав потребителей".

<5> Отдельного внимания заслуживает рассмотрение более общего вопроса о правомочности суда уменьшать законную неустойку, тем более так разительно, вторгаясь тем самым в дискрецию законодателя.

<6> См.: [п. 45](#) Постановления Пленума ВС РФ от 27.06.2013 N 20 "О применении судами законодательства о добровольном страховании имущества граждан" (СПС "КонсультантПлюс").

<7> Отдельный парадокс представляет собой наше общее правило, что суд может снизить и штрафную неустойку, при этом критерием ее оценки выступают все те же последствия нарушения обязательства ([ст. 333](#) ГК РФ). Это противоречит самому смыслу штрафной неустойки, которая а priori ни в каком отношении не относится к последствиям нарушения обязательства. Причиной тому является смешение в отечественном праве штрафной и оценочной функций неустойки, которые всегда, начиная с римского права, исключали друг друга и не могли сочетаться вместе. Штрафная неустойка - страшное оружие, гражданско-правовой ответственности не свойственное, но еще хуже, когда это страшное оружие широким судебским усмотрением низводится до роли огородного пугала. Уместно привести позицию И.А. Покровского по проблеме судебного уменьшения неустойки: "Она [неустойка] лишается всякого юридического значения и превращается в чучело, могущее пугать воробьев, но совершенно безопасное для опытных дельцов". Подробнее см.: Покровский И.А. Справедливость, усмотрение судьбы и судебская опека. С. 15.

<8> Данная позиция не основана на законе и представляет собой ограничительное толкование [ст. 333](#) ГК РФ. Об этом подробнее см. подраздел 3 настоящего раздела про неустойку.

3. De facto закрытый перечень случаев компенсации морального вреда.

Эта причина является вспомогательной и легче всего исправимой с помощью руководящей судебной практики. Собственно говоря, идея компенсации морального вреда только в случаях, предусмотренных законом, скорее всего, была заимствована нами из Германии ([§ 253](#) BGB). Характерно, что до ГК РФ 1994 г. отсутствовало ограничение компенсации морального вреда только случаями, предусмотренными законом <1>. Тот факт, что германский правовой порядок живет с этим правилом уже более 100 лет, свидетельствует о том, что при правильной работе с этим правилом также можно решать задачу более или менее полного охранения неимущественной сферы потерпевших. Кроме того, наше правило сформулировано несколько свободнее: моральный вред компенсируется в случаях, предусмотренных законом, а также **в случаях причинения вреда нематериальным благам** <2>. Эти последние можно понимать и в самом узком (что имеет место сегодня), и в самом широком смысле - по усмотрению руководящей судебной практики. Поэтому обозначенная причина - скорее мнимая, и все же она тоже оказывает свое влияние. Здесь требуются серьезные усилия - законодателя или высших судов (а лучше всех вместе), чтобы определиться с наиболее приемлемым общим правилом и нормально его объяснить судам и участникам оборота.

<1> [Статья 131](#) Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. гласила просто: "Моральный вред (физические или нравственные страдания), причиненный гражданину неправомерными действиями, возмещается причинителем при наличии его вины. Моральный вред возмещается в денежной или иной материальной форме и в размере, определяемом судом, независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда". См. также: [п. 2](#) Постановления Пленума ВС РФ от 20.12.1994 N 10 "Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда" (СПС "КонсультантПлюс"): "При этом следует учитывать, что [статьей 131](#) Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик установлена ответственность за моральный вред, причиненный гражданину неправомерными действиями, и в том случае, когда в законе отсутствует специальное указание о возможности его компенсации".

<2> См.: [ст. 151](#) ГК РФ и [п. 2](#) Постановления Пленума ВС РФ от 20.12.1994 N 10 "Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда" // СПС "КонсультантПлюс": "Статьей 151 первой части Гражданского кодекса Российской Федерации, которая введена в действие с 1 января 1995 г., указанное положение сохранено лишь для случаев причинения гражданину морального вреда действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага. В иных случаях компенсация морального вреда может иметь место при наличии указания об этом в законе".

На уровне руководящей судебной практики можно было бы закрепить возможность присуждения судом в рамках института морального вреда компенсации субъективной ценности блага (вещей, работ, услуг) для его обладателя или для того, кому оно предназначалось, если потерпевшему через умаление этого блага был причинен вред злостными (умышленными или по грубой неосторожности) действиями (бездействием) нарушителя, направленными на неисполнение или ненадлежащее исполнение принятого на себя договорного обязательства (как то: неявка фотографа на свадьбу, лишившая кредитора свадебных фотографий, ненадлежащее исполнение обязательства по обработке или реставрации семейных ценностей, повлекшее их порчу или гибель, и т.д.) либо же причинение имуществу потерпевшего внедоговорного вреда (например, уничтожение чужих дневников и памятных писем, редких семейных фотографий и иных ценностей, причинение смерти чужим домашним животным и т.д.). Отсутствие умысла или

грубой неосторожности доказывается нарушителем. В обоснование отсутствия злого характера нарушения могут быть представлены доказательства того, что нарушителем проявлена хотя бы минимальная степень заботливости и осмотрительности с тем, чтобы избежать причинения вреда потерпевшему. Разумный размер присуждаемой компенсации определяется судом исходя из конкретных особенностей личности потерпевшего, фактических обстоятельств и характера совершенного нарушения, а также иных доказательств обоснованности компенсации в заявленном размере, представленных потерпевшим, при условии, что подлежащий защите интерес особого пристрастия не противоречит добрым нравам. Субъективная ценность блага подлежит компенсации независимо от наличия или отсутствия у блага рыночной стоимости, однако заявленное требование не подлежит удовлетворению, если нарушителем доказано, что неимущественный интерес потерпевшего может быть восстановлен по правилам о возмещении убытков через приобретение блага того же рода и качества или несение иных расходов на восстановление своего права. Аналогичным образом потерпевший сам вправе отказаться от компенсации нарушенного неимущественного интереса и потребовать возмещения своих понесенных или будущих расходов на приобретение блага того же рода и качества или иных расходов на восстановление своего нарушенного неимущественного интереса, хотя бы и очевидно несоразмерных рыночной стоимости данного или аналогичного блага, если только с помощью этих расходов возможно реальное восстановление указанного неимущественного интереса и причинитель вреда не докажет явную недобросовестность поведения потерпевшего, заявляющего такие требования (осуществление потерпевшим своего права исключительно с намерением причинить вред другому лицу - нарушителю) <1>.

<1> Казуистичное применение последнего правила применительно к животным см., например, в абз. 2 § 251 BGB: "Лицо, обязанное к возмещению, может возместить ущерб в денежной форме, только если восстановление прежнего положения [в натуре] возможно при несоразмерных затратах. **Затраты, связанные с лечением пострадавшего животного, не считаются несоразмерными даже в том случае, если они значительно превышают стоимость животного** (выделено мной. - М.Л.)". Аналогичная норма имеется и в ABGB (§ 1332a). Германское и австрийское правила, касающиеся только животных и защищающие раненые чувства их владельцев, в предложенном нами варианте заменены общим правом потерпевшего требовать возмещения убытков, хотя бы несоразмерных рыночной стоимости самого блага (которая может вообще отсутствовать либо оказаться крайне низкой, как в случае с какой-нибудь собакой-дворняжкой), если таким возмещением возможно реальное восстановление неимущественного интереса потерпевшего при отсутствии явной недобросовестности в поведении последнего. У читателя, конечно, возникнет вопрос, когда поведение потерпевшего может быть признано **явно недобросовестным**. Например, если стремлением восстановить свой интерес особого пристрастия прикрывается исключительная цель причинить вред самому делинквенту или нарушителю договора (так называемая шикана, указанная в скобках). Далее, возможно, что в приводившемся ранее деле *Wilson v. Sooter Studios Ltd.* (1988) требование 7 000 долл. на проведение новой свадебной церемонии из-за испорченных фото может быть расценено как недобросовестное, поскольку можно разумно предположить, что новая "постановочная" свадьба все равно не заменит той, первой и настоящей, и не приведет к действительному восстановлению нарушенного неимущественного интереса истца. Решение вопроса о добросовестности слишком зависит от фактических обстоятельств конкретного дела: универсального ответа на него не существует, но политико-правовая установка должна быть на самое ограничительное толкование оговорки о явной недобросовестности, приближающее ее к упомянутой шикане.

2. Возмещение убытков

Два последних утверждения из предложенных выше правил наводят на мысль, что в отдельных исключительных случаях защита интереса особого пристрастия возможна также посредством института возмещения убытков.

В ситуациях, когда имущественное благо, имеющее для его обладателя повышенную неимущественную ценность, только лишь повреждено и объективно восстановимо, стоит признать за потерпевшим право требовать компенсации понесенных или будущих расходов на восстановление своего права, если тем самым возможно восстановление интереса особого пристрастия, хотя бы такие расходы были несоразмерны рыночной стоимости данного или аналогичного блага. Помимо дорогостоящего лечения домашнего питомца, можно привести в качестве примера реставрацию или починку какой-либо памятной сердцу вещи, когда расходы на восстановительные работы превышают стоимость аналогичной вещи на рынке, или когда аналогов данной вещи на рынке вовсе нет (единственный экземпляр), или когда вещь не имеет рыночной стоимости (какая-нибудь безделушка - для всех остальных людей, кроме ее обладателя) <1>.

<1> В комментариях к Принципам европейского деликтного права эта проблема тоже рассматривается: "Нередко возникает различие между двумя способами возмещения убытков: цена замещающей сделки может превышать возможные расходы на восстановление поврежденного блага и наоборот. Например, когда старые и негодные машины ремонтируются за несоразмерные затраты или когда незначительно подержанные автомобили заменяются за такую цену, которая существенно превышает возможные расходы на ремонт. Решение вопроса о том, какой способ возмещения может потребовать потерпевший в таких ситуациях, предлагается в Art. 10:203 para. 1 sent. 2 [PETL]: потерпевший вправе прибегнуть к более дорогому способу восстановления своих прав, только если суд признает такой способ возмещения убытков разумным в конкретной ситуации. По общему правилу разумным является наименее дорогостоящий способ возмещения (см. также общую обязанность потерпевшего к уменьшению убытков; Art. 8:101 [PETL]). Таким образом, более дорогостоящий способ возмещения должен оправдываться особыми причинами". Подробнее см.: European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law. P. 169. Пример из канадской практики: в деле O'Grady v. Westminster Scaffolding Ltd. (1962) истец смог взыскать с ответчика расходы на ремонт своего автомобиля по имени "Гортензия", многократно превышавшие стоимость замещающей сделки по приобретению аналогичной машины на рынке, поскольку смог обосновать повышенную неимущественную ценность этого автомобиля для себя. Подробнее см.: Cassels J., Adjin-Tettey E. Remedies: The Law of Damages. P. 124.

Здесь ключевыми вопросами, требующими индивидуального подхода в каждом конкретном деле, выступают добросовестность истца и пределы несоразмерности описанных расходов рыночной стоимости блага либо той компенсации неимущественной ценности, которую бы по правилам о моральном вреде мог присудить суд. Несоразмерность сама по себе не является для нарушителя чем-то несправедливым, поскольку, напомним, интерес особого пристрастия подлежит защите в случаях, когда принцип предвидимости убытков не применяется - при умысле и грубой неосторожности нарушителя. Тем не менее объем возмещаемых непредвиденных убытков тоже имеет свои пределы, которые законом ограничиваются отсылкой к действительной причинно-следственной связи (см., например, [art. 1151](#) (1231 - 4) CC), а судом устанавливаются по своему усмотрению с учетом общих принципов разумности и справедливости, а также принципа недопустимости для лица (потерпевшего) извлекать выгоду из своего недобросовестного поведения и осуществлять гражданские права с исключительной целью причинить вред другому лицу.

3. Неустойка

По сравнению с такими универсальными способами защиты имущественных и неимущественных интересов, как убытки и компенсация морального вреда, неустойка значительно облегчает жизнь кредитору. Условие о неустойке формально освобождает кредитора от обязанности доказывания причинения ему вреда в заявленном размере, а фактически же в

условиях состязательного процесса значительно облегчает стандарт этого доказывания. Далее, если определение адекватного размера сумм возмещаемых убытков и компенсации морального вреда является обязанностью суда, то применительно к судебному уменьшению неустойки важно понимать, что суд не только **не обязан** (уменьшение неустойки - право суда), но и до некоторой степени **не вправе** вмешиваться в эту сферу имущественных отношений субъектов (соблюдая принцип свободы договора применительно к договорной неустойке и уважая волю и суверенитет законодателя применительно к законной неустойке).

Еще римское право, чьи основные идеи в области неустойки заботливо пронесены через века европейскими законодательствами, установило важное правило, что неустойка обеспечивает не только имущественные, но и **иные заслуживающие защиты интересы кредитора**, т.е. **неимущественные** <1>. Равным образом она предоставляет возможность по взаимному соглашению выразить в денежной сумме интерес особого пристрастия.

<1> Применительно к римскому праву подробнее см.: Пассек Е.В. Неимущественный интерес в обязательстве. С. 106 - 107; Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник для вузов. С. 490; Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. P. 97; Palmer V.V. (ed). The Recovery of Non-Pecuniary Loss in European Contract Law. P. 25. В новых европейских законодательствах см., например, § 343 BGB: "При оценке соразмерности неустойки следует принимать во внимание любой правомерный, а не только имущественный, интерес кредитора". Статья 63 кн. 5 т. 1 проекта ГУ ред. 1899 г.: "Суд может, по просьбе должника, уменьшить размер неустойки, но обязан при этом принять в соображение не только имущественные, но и другие справедливые интересы верителя". Хорошо выразился на этот счет И.А. Покровский: "Сплошь и рядом неисполнение грошового обязательства может повлечь для вас такие нематериальные и чисто субъективные неприятности, что вы и сотнями рублей не захотите удовлетвориться". Подробнее см.: Покровский И.А. Справедливость, усмотрение судьи и судейская опека. С. 12.

Гибкая формулировка отечественной **ст. 333** ГК РФ в целом дает суду возможность учесть любой охраняемый законом имущественный и неимущественный интерес кредитора, который оказался затронут нарушением обязательства, но практика при отсутствии четкого указания закона пошла по пути принятия во внимание только **имущественных** потерь кредитора от нарушения обязательства должником <1>. Такой подход отечественного правоприменителя нельзя признать правильным исходя из исторической природы и назначения неустойки и особенно учитывая пробуксовывание развития института морального вреда в российском гражданском праве. Следует признать в качестве критерия соразмерности неустойки возможность обеспечения ею по взаимному соглашению также неимущественных интересов кредитора, в том числе интереса особого пристрастия. Соответственно, оценочная неустойка должна носить зачетный характер не только по отношению к убыткам, но и по отношению к моральному вреду.

<1> См., например: **п. 73** Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств" (СПС "КонсультантПлюс"): "Несоразмерность [неустойки] и необоснованность выгоды [кредитора] могут выражаться, в частности, в том, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки". Ранее о том же см.: **п. 1** Постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 N 81 "О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации" (СПС "КонсультантПлюс").

Заключение

Подведем некоторые промежуточные итоги. Интерес особого пристрастия - это

неимущественная ценность определенного имущественного блага для его обладателя. Эта ценность носит чисто субъективный - значимый для конкретного человека или малой социальной группы - характер: она составляется из сильных чувств привязанности и повышенной значимости, обусловленных теплыми воспоминаниями и светлой памятью, духовными символами, традициями, обычаями и прочими произведениями человеческой души, находящими сочувственный отклик в общественном сознании (не противоречащими добрым нравам). Нарушение интереса особого пристрастия означает причинение его носителю неимущественного (нравственного, морального) вреда. Под благом понимается прежде всего вещь, в том числе результаты работ, при этом такая вещь может быть только индивидуально-определенной. На вопрос о том, может ли обладать повышенной неимущественной ценностью деятельность по оказанию услуг, на данном этапе разработки проблемы сложно дать однозначный ответ, однако практика (в том числе зарубежная) подсказывает, что он будет утвердительным. Носителем интереса особого пристрастия может быть только человек - физическое лицо.

Основными случаями компенсации неимущественной ценности выступают нарушение договорного обязательства и причинение внедоговорного вреда (деликт), совершенные умышленно или по грубой неосторожности, поскольку при злом характере нарушения должник добровольно своим поведением соглашается на расширение пределов юридически значимой причинно-следственной связи и повышенную ответственность, которая остается на началах компенсационности. Бремя доказывания наличия интереса особого пристрастия и обоснованности требуемой компенсации лежит на потерпевшем, в то время как нарушитель доказывает отсутствие со своей стороны умысла или грубой неосторожности. Знание нарушителя о неимущественной ценности блага не предreshает вопроса о вине и конкретной ее форме, но если доказана неосторожность и имеются сомнения относительно ее степени, то знание об интересе особого пристрастия свидетельствует о грубой неосторожности нарушителя.

Основными способами защиты неимущественной ценности являются компенсация морального вреда, возмещение убытков и неустойка. Институты морального вреда и неустойки применительно к отечественному праву на данный момент не способны обеспечить адекватную защиту неимущественных интересов потерпевшего. Однако существующие затруднения лежат скорее в области предубеждений и являются вполне преодолимыми, в том числе силами руководящей судебной практики. В ситуации, когда благо, имеющее субъективную ценность, объективно восстановимо, потерпевший вправе требовать защиты интереса особого пристрастия посредством возмещения убытков в виде расходов на восстановление своего нарушенного права, даже когда такие расходы представляются несоразмерными, при условии, что в поведении потерпевшего отсутствует явная недобросовестность.

Может быть, настоящая работа получилась несколько эклектичной. Нельзя исключать также вероятность ошибок на данном раннем этапе исследования этой интересной проблемы. Однако при отсутствии целостного разработанного учения об интересе особого пристрастия данная работа для отечественного права представляет собой первую попытку дать ответ на ключевые вопросы и решить основные проблемы этого явления. Одновременно с этим, учитывая слабое развитие в нашем праве защиты неимущественных интересов, мы попытались еще раз вспомнить и обобщить ключевые аргументы оппонентов и представить их обоснованную критику, выявив ключевые противоречия в их позиции, развеяв предубеждения и стереотипы.

Было бы замечательно, если бы данная работа стала подспорьем для дальнейших исследований и привлекла внимание ученых к существующим проблемам неимущественных интересов в отечественном гражданском праве. Интерес особого пристрастия занимает особое место в многообразии нематериальных интересов современного человека: признание и защита этого интереса стала бы значительным шагом вперед и серьезной победой конкретной человеческой личности перед лицом гражданского права.

Ю.Н. МУЛЛИНА

СПОСОБЫ ПРЕКРАЩЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО СОГЛАШЕНИЮ СТОРОН В СВОДЕ ЗАКОНОВ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ И ПРОЕКТАХ ГРАЖДАНСКОГО УЛОЖЕНИЯ

В настоящей статье автор анализирует такие способы прекращения обязательств, как отменительный договор, новация и прощение долга, в отечественном гражданском праве второй половины XIX - начала XX в. В качестве основных источников исследования выбраны Свод законов Российской империи и проекты Гражданского уложения. Для выяснения смысла положений Свода и проектов Уложения автор использует труды дореволюционных цивилистов и практику Правительствующего Сената.

В ходе исследования автор стремится ответить на вопрос, как казуистичные и отрывочные положения о прекращении договоров, сформулированные в Своде законов Российской империи, трансформировались в институт прекращения обязательств по соглашению сторон в проекте Гражданского уложения. Кроме того, автор описывает споры по поводу одностороннего и двустороннего характера прощения долга.

Termination of Obligations by Mutual Agreement of Parties in the Digest of Laws and the Draft Civil Code of the Russian Empire

Y.N. Mullina

This article analyzes the ways of termination of obligations such as termination agreement, novation and acceptilation under national civil law of the second half of XIX - the beginning of XX century. The article presents the analysis of the Digest of Laws and the Draft Civil Code of the Russian Empire. Seeking the accurate interpretation of the abovementioned documents the author heavily relies on the works of pre-revolutionary civil law scholars and precedents of the Governing Senate.

The main goal of this article is to study how casuistic and fragmentary provisions on termination of contracts in the Digest of Laws of the Russian Empire were transformed into the institute of termination of obligations by mutual agreement of the parties in the Draft Civil Code. Besides, the article describes the discussions concerning the unilateral and bilateral nature of debt release.

Введение

Общая характеристика исследуемого исторического периода

В ходе проходящей уже несколько лет реформы гражданского законодательства пересмотру подверглись и способы прекращения обязательств, содержащиеся в гл. 26 ГК РФ (ст. 407 - 419). Причем в первую очередь реформа коснулась способов прекращения обязательств по соглашению сторон. Так, появился п. 3 ст. 407 ГК РФ, закрепивший право сторон прекратить обязательство и определить последствия такого прекращения своим соглашением. Кроме того, значительные изменения были внесены в статьи, регулирующие отступное (ст. 409), новацию (ст. 414) и прощение долга (ст. 415).

Несмотря на поправки в ГК РФ (а отчасти даже в связи с ними), некоторые вопросы, связанные с прекращением обязательств по соглашению сторон, остаются крайне дискуссионными - например, как соотносятся п. 3 ст. 407 ГК РФ о прекращении обязательства по соглашению сторон и п. 1 ст. 450 ГК РФ о расторжении договора по соглашению сторон; существует ли необходимость отдельно регулировать в ГК РФ новацию с учетом появления общего положения о прекращении обязательств соглашением сторон; свидетельствуют ли поправки в ст. 415 ГК РФ, касающиеся возражения должника на прощение долга, о двустороннем характере прощения долга, и если да, как опять же соотносится прощение долга по соглашению

сторон с прекращением обязательства по соглашению сторон. За последние двадцать лет появились десятки публикаций, посвященных природе этих правовых явлений, которые так или иначе пытаются ответить на эти и другие вопросы, связанные с прекращением обязательств по соглашению сторон, и зачастую приходят к прямо противоположным результатам <1>.

<1> См., например: Бациев В.В. Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения). М.: Статут, 2003; Егорова М.А. Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института. М.: Статут, 2014; Шиловост О.Ю. Отступное в гражданском праве России. М.: Статут, 1999; он же. Замена исполнения и отступное в иностранном законодательстве // Вестник ВАС РФ. 1998. N. 12. С. 85 - 95; Он же. О прекращении обязательств прощением долга // ГК России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский. 1998; Он же. Прекращение обязательства новацией // Российская юстиция. 1996; Свит Ю.П. [Новация как способ прекращения обязательства](#) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. N 12; Чиликов Е.С. [Отступное, новация, прощение долга](#) // Цивилист. 2006. N 3 и др.

В сложившихся условиях представляется актуальным анализ института прекращения обязательств по соглашению сторон в том виде, в котором он существовал традиционно в российском гражданском праве. Наш выбор пал на дореволюционное право по нескольким причинам. Во-первых, в отличие от советского права, связанного плановой экономикой и в принципе не одобрявшего прекращения обязательств по соглашению сторон (как не соответствовавшего плану), гражданское право Российской империи конца XIX - начала XX в. развивалось в контексте рыночной парадигмы и уделяло существенное внимание в том числе прекращению договорных отношений по воле сторон. Во-вторых, дореволюционные цивилисты и разработчики Гражданского уложения столкнулись с похожей проблемой, что и современные правоведы - с проблемой создания с нуля систематизированного гражданского законодательства, удовлетворяющего нуждам развивающегося рыночного оборота. Опыт создателей проекта Гражданского уложения и оценка их деятельности с этой точки зрения могут быть полезны и при разработке положений [ГК РФ](#). Наконец, выбор пал именно на российское, а не зарубежное право, чтобы попытаться выявить отечественную цивилистическую традицию, которая так или иначе влияет и на современное гражданское право.

В качестве предмета нашего обзора были выбраны три способа прекращения обязательств: отмена по соглашению сторон, новация и прощение долга. Именно они в том или ином виде нашли место и в Своде законов Российской империи, и в кассационной практике Правительствующего Сената, и в проектах Гражданского уложения, и, наконец, в трудах большинства дореволюционных цивилистов.

Прежде чем перейти непосредственно к этому исследованию, стоит дать краткую характеристику обязательственного права в рамках выбранного исторического периода - вторая половина XIX - начало XX в.

1. Дореволюционные правоведы были практически единогласны в том, что кн. IV т. X Свода, посвященная договорному праву, являлась чуть ли не самой слабой частью российского законодательства, особенно по сравнению с иностранными гражданскими законами, разработанными до составления Свода (например, Французским гражданским кодексом и Австрийским гражданским уложением), и требовала значительной переработки <1>. Так, В.И. Синайский указывал на следующие общие недостатки Свода: устарелость, неполнота, казуистичность, неясность, тяжеловесность языка, бессистемность <2>.

<1> Пахман С.В. История кодификации гражданского права. М.: Зерцало: Гарант, 2013. С. 614

<2> Синайский В.И. Необходимо ли нам спешить с изданием гражданского уложения, и можем ли мы создать его в настоящее время? Варшава: Тип. Варшав. учеб. окр., 1911. С. 5. См. также: Шершеневич Г.Ф. История кодификации гражданского права в России. Казань: Тип. Императорского Казанского ун-та, 1898. С. 100 - 104.

2. Российское гражданское законодательство вплоть до начала работы над проектом Гражданского уложения не разделяло понятия "обязательство" и "договор" <1>. В соответствии со ст. 568 Свода "обязательства или содержатся в самих тех договорах, из коих они происходят <...>, или составляются в виде отдельном по предшествовавшему договору". Судебная практика также не смогла последовательно разграничить обязательство и договор. Из-за этой путаницы учение об обязательствах вплоть до разработки проекта Гражданского уложения было максимально расплывчатым и существовало в основном в правовой доктрине <2>. Не разделяя понятия "обязательство" и "договор", Свод прямо не предусматривал иных источников обязательств, помимо договора. Дореволюционные цивилисты выводили их из отдельных положений Свода: а) односторонняя сделка; б) причинение вреда или убытков другому лицу; в) закон <3>.

<1> Анненков К.Н. Система русского гражданского права. СПб.: Изд. М.М. Стасюлевича, 1898. Т. III: Права обязательственные. С. 3; Винавер М.М. К вопросу об источниках X тома Свода законов // Журнал Министерства юстиции. 1895. N 9. С. 17.

<2> Речь идет именно об общем российском законодательстве, а не о гражданских законах, действовавших на отдельных территориях Российской империи: так, Свод гражданских узаконений губерний Прибалтийских включал книгу IV "Право требований", состоящую из 1 693 статей - ни много ни мало. Книга включала в себя, в частности, разделы о договорах вообще (ст. 3105 - 3275), об обязательствах, вытекающих из односторонних дозволенных действий (ст. 3276 - 3283), а также об обязательствах и требованиях, истекающих из действий недозволенных (ст. 3284 - 3330). Прекращению прав требований, независимо от основания их возникновения, был посвящен раздел X. См.: Свод гражданских узаконений губерний Прибалтийских со включением изменений и дополнений по продолжению 1890 года / Сост. бар. А. Нолькен. Неофиц. изд. СПб., Г. Шмицдорф, 1891.

<3> Анненков К.Н. Указ. соч. С. 11 - 12.

3. Во второй половине XIX в. произошла коренная ломка многих сторон социальной, политической и экономической сфер российского общества. Отмена крепостного права в 1861 г. и Судебная реформа Александра II, постепенное замещение феодального сословного общества формально-юридическим равенством всех слоев населения, стремительное развитие промышленного сектора - лишь малая часть изменений, коснувшихся российского общества уже после окончания работы над Сводом законов Российской империи. В записке Министра юстиции по проекту кн. V Гражданского уложения указано, что именно в сфере обязательственного права "жизнь в особенности опередила действующее законодательство", которое и ранее было отрывочным и недостаточным <1>. Уже в 1860 - 1870-х гг. предпринимались попытки ревизии гражданских законов, в том числе непосредственно кн. IV т. X "Об обязательствах по договорам"; тем не менее ни одна из них не увенчалась успехом <2>.

<1> Записка Министра юстиции по проекту книги V Гражданского уложения (обязательственное право) / Сост. И.Г. Щегловитов. СПб., 1913. С. 5.

<2> Лядацева-Ильичева М.Н. Развитие обязательственного права России XIX - начала XX

века: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Саратов, 2002. С. 68 - 72.

4. В условиях неполноты, неясности и противоречивости положений Свода важнейшее значение приобрели решения Кассационного департамента Правительствующего Сената. Сенат зачастую мотивировал свою позицию исходя из общего смысла и духа законов, активно использовал толкование по аналогии и выносил решения, имеющие обязательную силу для нижестоящих судов и фактически представляющие собой источники гражданского права <1>. Поэтому при выяснении содержания способов прекращения обязательств по Своду необходимо анализировать в том числе практику Кассационного департамента.

<1> Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов. М., 1913. С. 34 - 35, 42 - 43.

5. С 1882 г. систематизацией обязательственного права занималась Редакционная комиссия, созданная в 1882 г. по Приказу императора Александра III. В состав Редакционной комиссии в разные годы входили такие дореволюционные правоведы, как А.А. Книрим, С.В. Пахман, В.П. Голевинский, К.И. Малышев, С.И. Лукьянов, И.Я. Голубев, И.И. Карницкий, А.В. Поворинский и др. <1> За более чем 20 лет работы было подготовлено несколько редакций проекта Гражданского уложения об обязательствах. Несмотря на то что проект Гражданского уложения так и не был принят, он заслуживает внимания как результат многолетней работы по систематизации гражданского законодательства и судебной практики с учетом передовых достижений цивилистической доктрины эпохи и иностранного правового опыта. Кроме того, проект Гражданского уложения стал основным источником Гражданского кодекса 1922 г., а также использовался при подготовке действующего российского Гражданского кодекса <2>.

<1> Лядащева-Ильичева М.Н. Указ. соч. С. 121 - 126.

<2> Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922 - 2006). М.: Статут, 2010. С. 295, 328 - 330.

Все указанные выше черты исторического периода определили и круг источников, положенных в основу нашего обзора. Прежде всего в качестве источников использовались т. X Свода законов Российской империи с разъяснениями и комментариями Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената <1> и сборники решений Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената <2>. Во-вторых, для целей исследования способов прекращения обязательств в проекте Гражданского уложения использовались первоначальный проект общих положений об обязательствах 1890 г. <3>, составленный В.И. Голевинским, и проект кн. V Гражданского уложения "Об обязательствах" 1899 г. <4> с комментариями разработчиков, а также замечания Министра юстиции на проект кн. V <5> и журналы Редакционной комиссии <6>. Наконец, в статье освещены основные позиции дореволюционных цивилистов и историков права по поводу предмета исследования.

<1> Законы гражданские: Свод зак. Т. X. Ч. 1. Изд. 1900 г. по Прод. 1906, 1908, 1909 и 1910 гг. С разъяснениями... по 1 ноября 1912 г. и коммент... по 1 сент. 1912 г. / Сост. И.М. Тютрюмов, т. обер-прокурора 2 деп. Правительствующего Сената, прив.-доц. С.-Петерб. ун-та. 4-е изд., испр. и значит. доп. СПб.: Юрид. кн. маг. И.И. Зубкова п/ф "Законоведение", 1913; Законы гражданские: Свод законов. Т. X. Ч. 1 (по официальному изданию 1900 г., со включением статей по Прод. 1906 и 1908 гг., а также позднейших узаконений с приведением разъяснений, извлеченных из решений кассационных департаментов, общего их собрания и департаментов 1 и 2-го Правительствующего

Сената) / Сост. Н.И. Арефа. СПб.: В.П. Анисимов, 1910.

<2> Решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената: второе полугодие 1870 г. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1871; решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената: первое полугодие 1874 г. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1875; решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената: первое полугодие 1877 г. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1877; решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената: 1880 г. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1881; Алфавитный указатель юридических вопросов, разрешенных Гражданским кассационным департаментом Правительствующего Сената в 1879 и 1880 гг. / Сост. Е. Шайкевич и А. Поворинский, ст. пом. обер-секр. Гражд. кассац. деп. Правительствующего Сената. СПб.: М-во юст., 1881.

<3> Первоначальный проект общих положений об обязательствах с объяснительною запискою / Сост. В.И. Голевинский. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1890. Перу В.И. Голевинского также принадлежал первоначальный проект 1885 г. Однако информации о нем обнаружить практически не удалось: известно, что он назывался "Общие положения по обязательствам", содержал 428 статей и был скорее похож больше на основы теории обязательственного права, чем на закон. См. также: Лядашева-Ильичева М.Н. Указ. соч. С. 125.

<4> Гражданское уложение. Кн. V: Обязательства: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1899. 212, VI с. // Вестник права. 1899. N 6 и 7. Приложение.

<5> Записка министра юстиции по проекту Книги V Гражданского уложения (обязательственное право) / Сост. И.Г. Щегловитов Иван Григорьевич. СПб., 1913.

<6> Журналы Редакционной комиссии, высочайше учрежденной для составления проекта Гражданского уложения: Проект книги. СПб.: Гос. тип., 1902 - 1904.

Способы прекращения обязательств по соглашению сторон в Своде законов Российской империи и в проектах Гражданского уложения: общие положения

Сразу стоит оговориться, что Свод не предусматривал способов прекращения обязательств вообще и оперировал понятием "прекращение и отмена договора" (ст. 1545 - 1553). Поэтому здесь и далее применительно к Своду мы будем использовать и термин "прекращение договора". При этом оснований для применения положений о прекращении договоров к обязательствам, возникшим из иных оснований, перечисленных выше, Свод также не содержал <1>.

<1> Это не мешало российским дореволюционным цивилистам применять способы прекращения договоров к внедоговорным обязательствам. См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. 11-е изд. Т. 2. 1915. С. 65.

В той или иной степени недостатки Свода (в том числе бессистемность, казуистичность, неполнота) применимы и к способам прекращения договора. Во-первых, среди них отсутствовало положение о прекращении договора исполнением. Во-вторых, Свод не разграничивал прекращение договора и прекращение обязательства. Например, в отделе о прекращении договоров была включена ст. 1547, которая предусматривала отказ кредитора от его права требования к должнику (прощение долга). Учитывая, что в двусторонних договорах кредитор одновременно является и должником, прощение долга может прекратить двусторонний договор, только если его стороны откажутся от своих прав требования по отношению друг к другу. Это означает, что само по себе прощение долга может считаться способом прекращения не договора

вообще, а лишь простого обязательства. Общим недостатком всех положений о прекращении договоров являлось отсутствие общих положений и ограничение сферы применения. Наконец, отделение "О прекращении и отмене договоров" включало положения, напрямую к прекращению договоров не относящиеся (например, положение о солидаритете в ст. 1548).

Свод законов прямо закреплял только один способ прекращения договора по соглашению сторон - отменительный договор (ст. 1545). На основании этой статьи судебная практика также выводила возможность заключения новационного договора. Такой способ прекращения обязательства, как отказ от права (ст. 1547, далее мы будем именовать его прощением долга), был сформулирован в Своде как имеющий односторонний характер и не требующий соглашения сторон.

Что касается Гражданского уложения, то первоначальный проект об общих положениях об обязательствах 1890 г. содержал отдельную главу, посвященную **отменительному договору** (гл. IV), которая включала четыре статьи: о применении к отменительным договорам общих правил о возмездных договорах и новационном договоре (ст. 141), о прекращении частично исполненного обязательства (ст. 142), о признании прощения долга договором дарения (ст. 143) и о недействительности отменительного договора в отношении третьего лица, ранее наложившего арест на предмет прекращаемого обязательства (ст. 144) <1>.

<1> Первоначальный проект... С. 95 - 96.

На этапе переработки проекта Гражданского уложения между 1890 и 1899 гг. раздел о прекращении обязательств по соглашению сторон подвергся наиболее значительным изменениям. В проекте кн. V 1899 г. содержался раздел "Отмена договоров по соглашению сторон", состоявший из одной статьи, представляющей собой общее положение об отменительном и новационном договоре (ст. 164) <1>. Прощение долга составило отдельный раздел - об этом мы подробнее поговорим ниже. Остальные положения были исключены.

<1> Гражданское уложение... С. 342.

Анализ последующих проектов показывает, что после 1900 г. положения о прекращении обязательств по соглашению сторон больше не подвергались изменениям, поэтому мы не видим смысла отдельно их исследовать. Единственное, что важно отметить для целей данного обзора: в проекте Гражданского уложения 1905 г. обсуждаемая нами глава носит название "Прекращение обязательств" <1> (гл. V), тогда как в проекте 1899 г. она называется "Прекращение обязательств из договоров" (гл. IV). Это замечание важно для понимания системы обязательственного права. По существу, разница отсутствовала: положения гл. IV проекта 1899 г. подлежали применению ко всем обязательствам независимо от их основания (ст. 3).

<1> Гражданское уложение: Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. СПб., 1905. С. 315 - 317.

1. Отменительный договор

Отменительный договор являлся единственным общим способом прекращения договора по воле сторон, содержавшимся в Своде законов Российской империи. В соответствии со ст. 1545 Свода "договаривающиеся стороны могут уничтожить договор по обоюдному согласию во всякое время" <1>.

<1> Здесь и далее при цитировании дореволюционных текстов орфография приведена в соответствие с современными нормами русского языка, при этом сохранена оригинальная пунктуация.

Толкуя и применяя данное положение, суды указывали, что согласие сторон на уничтожение договора должно быть явно выражено в устной или письменной форме в зависимости от формы прекращаемого договора: если договор заключен письменно, то и прекращение его должно быть доказано письменным актом <1>. Одновременно существовала судебная практика, которая позволяла сторонам выразить волю на прекращение обязательств и иным взаимным действием <2>. Учитывая, что ограничений в отношении способов выражения воли на уничтожение договора Сводом установлено не было, соглашение о прекращении договора могло быть заключено любым "признаваемым или достаточным способом" <3>. При этом взаимного бездействия сторон, например, оставления сторонами договора без исполнения, для отмены договора по взаимному согласию сторон было недостаточно <4>. Правда, никаких существенных требований к отменительному договору, помимо его формы, кассационная практика так и не сформулировала.

<1> Законы гражданские (Свод законов. Т. X. Ч. 1) по новому официальному изданию 1900 г. с объяснениями по решениям Гражданского кассационного департамента и общих собраний его с уголовным, I и II департаментами Правительствующего Сената [Текст] / Сост. А. Боровиковский. 11-е изд., доп. и испр. / Изд. неофиц. СПб.: Тип. А.С. Суворина, 1904. С. 573.

<2> См.: дело 77 - 137 (цит. по: Законы гражданские... / Сост. Н.И. Арефа. С. 939); дело 96 - 63. См.: решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената [Текст]. Пг.: Тип. Правительствующего Сената, 1886. С. 186.

<3> Законы гражданские: Свод зак. Т. X. Ч. 1. Изд. 1900 г. по Прод. 1906, 1908, 1909 и 1910 гг. С разъяснениями... по 1 ноября 1912 г. и коммент... по 1 сент. 1912 г. / Сост. И.М. Тютрюмов, т. обер-прокурора 2 деп. Правительствующего Сената, прив.-доц. С.-Петербур. ун-та. 4-е изд., испр. и значит. доп. СПб.: Юрид. кн. маг. И.И. Зубкова п/ф "Законоведение", 1913. С. 1140.

<4> В данном случае в качестве основания прекращения договора может применяться давность. См.: "Неисполнение договора обеими сторонами не может служить еще доказательством согласия сторон на уничтожение самого договора, и договор такой, хотя не исполненный сторонами, остается в силе, и в течение десятилетней давности стороны могут требовать исполнения одного" (74 - 523). Цит. по: Законы гражданские... / Сост. Н.И. Арефа. С. 938.

Значительно подробнее отменительный договор анализировался дореволюционными цивилистами. Во-первых, несмотря на явное указание в ст. 1545 Свода на способ уничтожения именно договора, К.Н. Анненков и Г.Ф. Шершеневич соглашались с тем, что отменительный договор мог считаться общим основанием прекращения обязательств. Обосновывая эту позицию, К.Н. Анненков указывал: любое обязательство, независимо от его источника, является имуществом, которым стороны вправе свободно распоряжаться <1>. Поэтому российские цивилисты распространяли действие отменительного договора и на внедоговорные обязательства <2>.

<1> Анненков К.Н. Указ. соч. С. 450.

<2> Эта позиция попала и в комментарии разработчиков проекта Гражданского уложения. Разработчики проекта 1899 г. объясняли возможность распространения ст. 1545 Свода на

обязательства независимо от их основания, руководствуясь ст. 1528 Свода: обязательство, будучи долговым имуществом, наравне с наличным имуществом может быть предметом договора. См.: Гражданское уложение... С. 343.

Второй вопрос состоял в том, может ли отменительный договор прекращать обязательство, которое уже частично исполнено. В литературе на этот счет устоялась точка зрения, что такой отменительный договор имеет право на существование; при этом необходимо учесть, что в этом случае возникает новое обязательство по возвращению полученного по отменяемому договору <1>. К.Н. Анненков также указывал на возможность прекращения отменительным договором обязательства, которое уже "вполне исполнено", при условии возврата уже полученного по договору. Эта идея также была отражена в ст. 1000 Саксонского уложения <2>. Если толковать словосочетание "вполне исполнено" в качестве указания на надлежащее исполнение обязательства, которое, по общепризнанному мнению, прекращает такое обязательство, получается, что отменительный договор прекращает обязательство, которое уже прекращено *ipso iure*, и при этом обязывает стороны возвратить друг другу все полученное по этому исполненному и прекращенному обязательству. Описанный только что договор, строго говоря, не является отменительным, так как в действительности именно он и создает обязательство с нуля. По-видимому, под отменительным договором К.Н. Анненков понимал не только договор об отмене действующего обязательства, но вообще любой договор, позволяющий вернуть стороны в положение, в котором они находились до возникновения обязательства, даже если это обязательство уже прекратилось.

<1> Анненков К.Н. Указ. соч. С. 451.

<2> "Договор, который не исполнен ни вполне, ни частью, отменяется посредством отменительного договора, как будто он никогда не был заключен. Если договор исполнен вполне или частью, то отменительный договор порождает новое требование, насколько должно последовать возвращение полученного". Цит. по: Саксонское гражданское уложение. СПб.: Ред. комис. по сост. Гражд. уложения, 1885.

Итак, кассационная практика и правовая доктрина устанавливали в общих чертах область применения отменительного договора (обязательства, как договорные, так и внедоговорные, в том числе частично или полностью исполненные), форму заключения (любые действия сторон, позволяющие установить их волю на прекращение обязательства) и его последствия (прекращение обязательства, а в случае, если оно было частично или полностью исполнено, - возврат полученного по обязательству).

Отменительный договор в качестве основания прекращения обязательства был включен и в проект Гражданского уложения. Как уже было сказано ранее, проект 1890 г. содержал отдельную главу об отменительном договоре (ст. 141 - 144). В сущности, эта глава была посвящена двум видам отменительных договоров (новационному договору, к которому применялись положения о взаимном договоре, и договору прощения долга, к которому применялись положения о договоре дарения). Общая норма об отменительном договоре в проекте отсутствовала. Объясняя такое решение, автор проекта 1890 г. В.И. Голевинский отмечал, что нет никакой необходимости прописывать общие правила и условия для отменительных договоров, так как отменительный договор является лишь частным случаем обязательственного договора и, следовательно, подчиняется нормам об обязательствах и договорах вообще <1>.

<1> Первоначальный проект... С. 343.

В проект 1899 г. общее положение об отменительном договоре в результате обсуждения

Редакционной комиссии <1> все же было включено: абз. 1 ст. 164 гл. IV "Отмена договоров по соглашению сторон" гласил: "Договоры прекращаются по обоюдному согласию сторон". В остальном же разработчики проекта 1899 г. оказались солидарны с В.И. Голевинским, указав на применение к отменительному договору общих положений о договорах.

<1> Журналы Редакционной комиссии, высочайше учрежденной для составления проекта Гражданского уложения: Проект книги... СПб.: Гос. тип., 1902 - 1904. С. 73.

Как мы видим, несмотря на позицию разработчиков о применении ст. 164 к любым обязательствам, в проекте отменительный договор и другие способы прекращения обязательств все равно были перечислены именно в контексте договоров. Разработчики объясняли изложение общих правил об обязательствах применительно к договорам тем, что договор являлся "главным источником обязательственных отношений, послужившим образцом для развития общих начал обязательственного права" <1>. Применять ст. 164 к иным обязательствам планировалось со ссылкой на ст. 3 проекта, которая распространяла действие правил о договорах на иные обязательства, если иное не предусмотрено законом.

<1> Гражданское уложение... С. 16.

В проекте Гражданского уложения 1905 г. рассматриваемое положение все же было перемещено в гл. V "Прекращение обязательств", переименовано в "отмена обязательства по соглашению сторон" и сформулировано следующим образом: "...обязательства прекращаются по обоюдному согласию верителя и должника".

Итак, отменительный договор, изначально применимый к договорам и помещенный Сводом в раздел, лишенный общих положений и системы, постепенно трансформировался в общее положение об отмене обязательства по соглашению сторон и был вписан в систему проекта Гражданского уложения.

2. Новация

Прежде всего нужно уточнить, что Свод законов Российской империи в принципе не содержал положений о новации. Тем не менее кассационная практика Сената выводила возможность заключения новационного договора из ст. 1545 Свода: по взаимному согласию сторон договор мог быть прекращен заменой его новым. В таком случае предшествовавший договор терял силу <1>. В качестве основного условия новации судебная практика выделяла наличие согласия обеих сторон <2>.

<1> 70-1122, 70-1809. Цит. по: Законы гражданские... / Сост. Н.И. Арефа. С. 938.

<2> Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002.

Дореволюционные правоведы также выводили возможность заключения новационного договора косвенно из ст. 1545 Свода, устанавливавшей положение об отменительном договоре, из ст. 1528 Свода, в соответствии с которой предметом договора могли быть "любые имущества или действия", и из вышеуказанной практики Кассационного департамента <1>.

<1> Анненков К.Н. Указ. соч. С. 446; Победоносцев К.П. Курс гражданского права: В 3 ч. Ч. 3.

2002. С. 185; Гуляев А.М. Русское гражданское право: обзор действующего законодательства, кассационной практики Прав. Сената и проекта гражданского уложения Тип. М.М. Стасюлевича, 1913. С. 365 - 366.

Существовало множество определений новации: "прекращение обязательства посредством установления с этой целью нового обязательства" <1>, "замена одного обязательства другим, устанавливаемым на место прежнего" <2>, "установление или заключение обязательства на место старого" <3>. Так или иначе большинство авторов делали акцент на том, что суть новации состоит в **замене** одним обязательством другого, а не в **превращении** обязательства <4>: по мнению В.И. Синайского, именно из толкования новации как замены старого обязательства новым вытекает то, что в случае признания недействительным нового обязательства силу приобретает старое <5>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права... С. 63.

<2> Мейер Д.И. Русское гражданское право. 3-е изд., испр. / Под ред. А. Вицина. СПб., 1864. С. 667.

<3> Трепицын И.Н. Гражданское право губерний царства Польского и Русского. Общая часть обязательственного права // Варшава: Тип. Варшав. учеб. окр., 1914. С. 291.

<4> В качестве **превращения старого обязательства в новое** - новацию, например, определял К.Э. Эрдман. См.: Эрдман К.Э. Обязательственное право губерний Прибалтийских. 1908. С. 269. Стоит, правда, оговориться, что Карл Эдуард Эрдман, строго говоря, российским цивилистом не был; хотя Остзейские губернии и входили в состав Российской империи, гражданское право, действовавшее на их территории, формировалось под влиянием *ius commune* и в значительной степени отличалось от российского права.

<5> Синайский В.И. Русское гражданское право... 2002. С. 351.

Раскрывая требования к новации, дореволюционные правоведы прежде всего указывали на необходимость *animus novandi* <1> - воли сторон на замену одного обязательства другим, которая должна быть изъявлена сторонами так, чтобы связь между прежним и новым обязательством была бесспорна, чтобы новое обязательство было основано на прежнем обязательстве и помещено на его место.

<1> Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 297; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права... С. 64; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 182; Мейер Д.И. Указ. соч. С. 668.

Обсуждая иные условия новации, российские цивилисты указывали прежде всего на действительность первоначального обязательства. Если первоначального обязательства юридически не существовало, у нового обязательства отсутствовало основание, и оно также оказывалось недействительным <1>. Здесь следует оговорить следующее. Многие авторы соглашались с тем, что первоначальное обязательство должно быть именно действительным; следовательно, новированы могут быть и натуральные, и оспоримые обязательства, равно как обязательства, поставленные под условие <2>.

<1> Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 293 - 297. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 64; Анненков К.Н. Указ. соч. С. 449.

<2> Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 294 - 295; Синайский В.И. Русское гражданское право... С.

И.Н. Трепицын указывал, что в таком случае эффекты первоначального обязательства (например, условия или дефект, ведущий к оспоримости) будут транслированы на новое обязательство, следовательно, сторона, имевшая право оспорить первоначальное обязательство, могла на том же основании оспорить обязательство новое. Правда, не все авторы придерживались этой позиции, например, В.И. Синайский указывал, что новация может применяться к оспоримым обязательствам и вообще иметь место всякий раз, когда стороны хотят заменить одно обязательство другим, "более прочным и надежным" <1>. Новое обязательство, на которое перенесены пороки новированного обязательства, вряд ли может быть названо более прочным и надежным. Кроме того, учитывая, что новация прекращает предыдущее обязательство в момент заключения нового обязательства, неясно, на каком именно основании пороки первоначального обязательства, возникшие при его заключении, могут превратиться в пороки нового обязательства.

<1> Синайский В.И. Указ. соч.

В качестве следующего условия новации выступала действительность нового обязательства. Новация первоначального обязательства происходит постольку, поскольку новое обязательство заменяет первоначальное, а первоначальное обязательство прекращается постольку, поскольку на его месте возникает новое. Следовательно, если новое обязательство оказывалось недействительным, новация не считалась состоявшейся, а первоначальное обязательство оставалось в силе <1>. Аналогично первоначальному обязательству новое обязательство может быть и оспоримым, и условным: так как и оспоримые, и условные обязательства являются действительными, новация в любом случае произойдет <2>.

<1> Там же.

<2> Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 296.

В качестве последствий новации обычно выступали: 1) прекращение первоначального обязательства; 2) прекращение обязательств, связанных с первоначальным обязательством, в частности обеспечений; 3) установление нового обязательства <1>.

<1> Там же. С. 292; Анненков К.Н. Указ. соч. С. 449.

Все вышеперечисленные понятия, условия и последствия новации, как мы уже указали, не нашли отражения в Своде, как, впрочем, и сама новация. Правда, и проекты Гражданского уложения не уделили этому правовому явлению существенного внимания. В проекте Гражданского уложения 1890 г. новационный договор был включен в ст. 141, открывавшую гл. IV "Об отменительном договоре". В соответствии с этой статьей "договор, по которому должник принимает на себя новое обязательство, взамен за освобождение его верителем от существующего обязательства, или по которому стороны прекращают обоюдные обязательства, возникшие для них из двустороннего договора, подлежит действию правил о возмездных договорах. Намерение сторон заменить прежнее обязательство новым должно явствовать несомненным образом из договора" <1>.

<1> Первоначальный проект... С. 95.

Итак, проект 1890 г. обратил внимание на два важных момента: во-первых, на применение к новации односторонних и двусторонних обязательств правил о возмездных договорах (в отличие от прощения долга, к которому этот проект применил правила о безвозмездном договоре - дарении); во-вторых, на необходимость явно выразить *animus novandi* в самом договоре.

Положение о новации, включенное в проект Гражданского уложения 1899 г., в значительной степени отличается текстуально от положения о новации, включенного в проект 1890 г. В соответствии со ст. 164 проекта 1899 г. "если по договору устанавливается, взамен прежнего, новое обязательство, то в случае признания такого договора недействительным восстанавливается сила прежнего обязательства".

Во-первых, из формулировки исчезло указание на применение к новационным договорам положений о возмездных договорах. По-видимому, разработчики не видели оснований прописывать это в главе о прекращении договоров: если новационный договор является возмездным, к нему в любом случае применяются положения о возмездных договорах, отдельного указания для этого не требуется. Во-вторых, исчезло и указание на *animus novandi* - точнее, оно оказалось скрыто в словах "взамен прежнего". Исходя из этого можно сделать вывод, что проект 1899 г. хотя и сохранял необходимость связи между первоначальным и новым обязательством для целей новации (новое обязательство встает на место первоначального, заменяет его), при этом не требовал выражения *animus novandi* непосредственно в договоре (в отличие от проекта 1890 г., а также зарубежных гражданских законов, анализированных разработчиками в части этого вопроса).

Новшеством новации в редакции проекта 1899 г. стало указание на восстановление действия прежнего обязательства в случае признания недействительным нового обязательства. Видимо, разработчики посчитали необходимым еще раз продемонстрировать, что новация является не простой совокупностью прекращения одного обязательства и установления другого, а единым актом прекращения одного обязательства посредством другого, установлением нового обязательства **взамен** прежнего. Не совсем ясно, впрочем, почему в таком случае разработчики обошли вниманием зависимость нового обязательства от действительности прежнего.

Необходимо также отметить, что оба проекта сочли нецелесообразным регулирование так называемой субъективной новации, свойственной римскому праву (*delegatio* и *expromissio*) <1>. И разработчики проекта, и дореволюционные цивилисты соглашались с тем, что субъективная новация утратила свое значение в силу существования институтов, неизвестных римскому праву, которые позволяют передать право требования или долг без прекращения обязательства.

<1> Первоначальный проект... С. 343 - 344, 449 - 450; Гражданское уложение... С. 343 - 344.

Подводя итог, необходимо отметить следующее. Свобода договорных обязательств, утвердившая свои позиции в российском гражданском праве в тот период, в принципе нивелировала роль такого способа прекращения обязательства, как новация. Предмет обязательства и другие условия уже могли быть изменены по соглашению сторон без прекращения самого обязательства (как правило, неудобного из-за отпадения обеспечительных обязательств). Перемена лица в обязательстве также могла совершаться и без новации - с помощью цессии и перевода долга. К моменту подготовки проекта Гражданского уложения новация уже утратила свое первоначальное значение и была сохранена в проекте, судя по всему, в силу традиции.

3. Прощение долга

Прежде всего необходимо оговорить, что для такого явления, как прощение долга, в дореволюционном российском праве использовались различные термины: "отречение кредитора" <1>, "отступление верителя от требования удовлетворения по обязательству" <2>, "сложение долга" <3>, "прощение долга" <4>. Учитывая, что термин "прощение долга" является наиболее привычным для современного читателя, далее мы будем использовать именно его.

<1> Гуляев А.М. Указ. соч. С. 365; Анненков К.Н. Указ. соч. С. 451.

<2> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 669.

<3> Гражданское уложение... С. 345 - 346; Трепицын И.Н. Указ. соч. С. 302 - 309.

<4> Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права: Часть Общая. Т. 1. СПб., 1911. С. 649 - 650.

Прощение долга представляет собой добровольный отказ кредитора от принадлежащего ему права требования, в результате которого право требования прекращается полностью, не переходя к другому лицу <1>. Так как окончательное прекращение права влечет за собой и окончательное прекращение корреспондирующей с ним обязанности должника, прощение долга дает должнику определенные выгоды в виде увеличения его имущества <2>.

<1> Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права: Часть Общая. Т. 1. СПб., 1911. С. 649 - 650.

<2> Там же.

С точки зрения буквального толкования ст. 1547 Свода законов Российской империи прощение долга являлось односторонним способом прекращения договора <1>. На первый взгляд формулировка закона не дает никакого пространства для толкования прощения долга в качестве двустороннего акта, а значит, это правовое явление должно было бы остаться за рамками нашего обзора.

<1> Стоит также еще раз напомнить, что само по себе включение прощения долга в главу о прекращении договора является весьма сомнительным, так как прощение долга не предполагает отказа кредитора от обязанности, следовательно, в виде одностороннего акта не может прекратить двусторонний договор.

В действительности в дореволюционной цивилистике отсутствовала единая позиция по поводу того, является прощение долга односторонним или двусторонним актом, т.е. зависит ли юридическая сила прощения долга от должника, или достаточно того, что кредитор явно выразил свое намерение на прекращение принадлежащего ему права требования.

Среди цивилистов, настаивавших на одностороннем характере прощения долга, оказались К.Н. Анненков <1>, А.М. Гуляев <2>, В.И. Синайский <3>. В качестве аргументов односторонности прощения долга ее сторонники приводили следующее: так, А.М. Гуляев указывал, что кредитор вправе распорядиться своим правом, в том числе отказаться от юридической возможности его осуществления <4>. В.И. Синайский также указывал на односторонность отказа кредитора от права требования, правда, он именовал его отречением от права требования, в то время как термин "прощение долга" применял к договору сторон о прекращении двустороннего обязательства <5>.

<1> Анненков К.Н. Указ. соч. С. 452.

<2> Гуляев А.М. Указ. соч. С. 366.

<3> Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. I. 1914. С. 53 - 54.

<4> Гуляев А.М. Указ. соч. С. 366.

<5> Синайский В.И. Указ. соч. С. 53 - 54.

Кстати говоря, позиция В.И. Синайского особенно любопытна. Согласно ей прощение долга не требует согласия должника, если только не нарушает его права. На самом деле эта оговорка еще лучше подтверждает позицию, что, с точки зрения В.И. Синайского, прощение долга - односторонний акт кредитора. По общему правилу прощение долга действительно, только если оно не нарушает права третьих лиц (и с этим соглашаются представители обеих точек зрения). Если прощение долга носит односторонний характер, должник для целей прощения долга как бы выдвигается за рамки обязательственных правоотношений и становится наблюдающим со стороны за тем, не нарушают ли действия кредитора его права. С точки зрения кредитора он является и должником, и одновременно третьим лицом, чьи права он не должен нарушить при распоряжении принадлежащим ему правом <1>.

<1> Синайский В.И. Русское гражданское право... 2002. С. 352.

Другая группа дореволюционных правоведов настаивала на двустороннем характере прощения долга и относила его к договорам дарения. По их мнению, кредитор не мог считаться отрекшимся от своего права, пока должник не дал своего согласия на прощение его долга. К представителям этой точки зрения относятся, в частности, Д.И. Мейер <1>, И.Н. Трепицын и Г.Ф. Шершеневич <2>. Наиболее слабой точкой позиции данной группы цивилистов является соотношение прощения долга и отменительного договора.

<1> Мейер Д.И. Указ. соч. С. 669.

<2> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 65.

Было бы логичным ожидать, что именно разработчики Гражданского уложения разрешат сложившуюся контроверзу. И проект 1890 г. в самом деле разрешил ее, поддержав двусторонний характер прощения долга. Так, под прощением долга проект В.И. Голевинского понимал отказ управомоченной стороны договора от своего права требования, который прекращает обязательство только при наличии "принятия" со стороны должника. В пользу двустороннего характера прощения долга в проекте 1890 г. свидетельствовали также включение нормы о прощении долга в главу под названием "Отменительный договор" и упоминание в комментариях к этой главе особого отменительного договора о прощении долга (acceptilatio) <1>. Обосновывая выбор в пользу такого варианта сложения долга, В.И. Голевинский ссылаясь на практику Правительствующего Сената, в том числе решение Кассационного департамента N 196 от 1880 г. по делу Яворского <2>.

<1> Первоначальный проект... С. 449.

<2> Там же. С. 452.

Тем не менее членам Редакционной комиссии такой подход В.И. Голевинского к прощению долга показался недостаточно убедительным. На этапе обсуждения проекта кн. V в 1898 г. было принято решение "устранить всякое сомнение по вопросу о том, допускается ли односторонний отказ верителя от принадлежащего ему права требования" <1>.

<1> Журналы Редакционной комиссии... С. 74.

В проекте 1899 г. положение о прощении долга было исключено из раздела об отмене договоров по соглашению сторон и составило раздел под названием "Отказ от требования". Из комментариев разработчиков исчезло обоснование двустороннего характера прощения долга. На его месте возникло обоснование одностороннего характера отказа от требования со ссылками на [ст. 1444](#) Австрийского гражданского уложения, ст. 1547 Свода и решение по делу Яворского (то же решение, на которое разработчики проекта 1890 г. ссылались в поддержку двустороннего характера сложения долга) <1>.

<1> Гражданское уложение... С. 346.

Пролить свет на эту несостыковку позволяет анализ текста решения. В рамках данного дела суд отметил, что "закон не ставит прекращение договора в неперемнную зависимость от обоюдного согласия сторон"; "отречение от прав, удостоверенное в надписи, учиненной [кредитором]... свидетельствует о прекращении [договора], не взирая на то, что надпись эта сделана только одной из... сторон без объявления... на то согласия со стороны [должника]" <1>. По-видимому, именно на этом основывали свою позицию разработчики проекта 1899 г.

<1> Решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената: 1880. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1881. С. 750.

В то же время суд указал, что для безусловного лишения кредитора принадлежащих ему прав недостаточно письменного изложения его воли отступить от права; для этого необходимо, "чтобы воля стороны, отказывающейся от своих требований, была не только выражена на бумаге, но, чтобы вместе с тем было совершено личное действие, из которого несомненно усматривалось бы намерение... [кредитора], отказаться от принадлежащих ему прав" <1>. Именно в передаче записи об отказе от права требования должнику и принятии ее должником суд видел окончательно свершившийся акт отречения кредитора от его права. Эта часть позиции суда подкрепляет обоснование двустороннего характера сложения долга, данное В.И. Голевинским в комментариях к проекту 1890 г.

<1> Там же. С. 752 - 753.

В действительности позиция, занятая судом в данном деле, наиболее близка к толкованию прощения долга как одностороннего акта. Прощение долга не требовало волеизъявления должника: оно требовало оконченого волеизъявления кредитора. Отказ от права приобретал окончательный юридический эффект лишь тогда, когда кредитор сообщал о нем должнику, когда отказ от права оказывался **воспринят** другой стороной. В данном случае можно утверждать, что прощение долга было истолковано судом как односторонняя сделка, требующая восприятия другой стороной <1>.

<1> Синайский В.И. Русское гражданское право... 2002. С. 161.

Сложно определить, руководствовались ли данной логикой разработчики проекта 1899 г. Комментарий к ст. 165 не требовал ни согласия, ни восприятия со стороны должника и не определял, в какой момент прощение долга приобретает юридический эффект. По-видимому, вопрос о том, что все-таки требуется от должника для того, чтобы прощение долга свершилось и прекратило обязательство, должна была решить судебная практика. Но в силу того, что проект Гражданского уложения так и не был принят, дать окончательный ответ на этот вопрос не представляется возможным.

Итак, прощение долга как способ прекращения обязательства представлял собой скорее односторонний, чем двусторонний акт, и не требовал согласия должника на прекращение обязательства. Это подтверждается в том числе формулировкой прощения долга в Своде законов Российской империи, доработанном проекте Гражданского уложения, а также практике Кассационного департамента.

Заключение

Положения Свода законов Российской империи о прекращении договоров характеризовались отрывочностью, бессистемностью и в большинстве своем расширительно толковались практикой Кассационного департамента Правительствующего Сената. При этом о способах прекращения обязательств говорить не приходилось в принципе, так как ни Свод, ни судебная практика не позволяли применить отменительный договор, новацию и прощение долга к обязательствам, возникшим не из договоров. Особенно курьезно помещение в раздел о прекращении договоров прощения долга как одностороннего отказа кредитора от принадлежащего ему права, который в принципе не может прекратить двусторонний договор.

Одной из целей создания единого Гражданского уложения являлось преодоление этих недостатков и создание стройной системы обязательственного права. Анализ положений проектов Гражданского уложения о прекращении обязательств по соглашению сторон позволяют сделать следующие выводы. Во-первых, проект Гражданского уложения - и мы считаем это его главным достижением - закрепил возможность прекращения по соглашению сторон обязательств независимо от их источника. Во-вторых, проект Гражданского уложения поставил точку в дискуссии по поводу характера сложения долга, признав его односторонний характер. Наконец, положения проекта о прекращении обязательств были встроены в канву обязательственного права таким образом, что не возникло необходимости дублировать общие положения, что является заслугой разработчиков проекта с точки зрения его систематизации.

Тем не менее проект Гражданского уложения оставил некоторые вопросы неразрешенными. Во-первых, из комментариев разработчиков и текста проекта неясно, как предполагалось применять положение о прощении долга и требовалось ли его восприятие со стороны должника. По-видимому, этот вопрос был оставлен на усмотрение судебной практики. Во-вторых, представляется необоснованным оставление в проекте Гражданского уложения положения о новации. Сама по себе возможность заключения нового обязательства взамен первоначального вытекает из общих положений обязательственного права и в принципе не требует дополнительного подтверждения.

Подводя итог, стоит отметить, что спустя 10 лет после последней версии проекта Гражданского уложения и отменительный договор, и новация переключались в Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. [Статья 129](#) ГК РСФСР, перечислив сначала такие способы прекращения обязательств, как исполнение, зачет и совпадение должника и кредитора в одном лице, затем бегло, не вдаваясь в подробности, указала на "соглашение сторон, в частности, заключением договора, долженствующего заменить прежний". Но говорить о развитии отменительного

договора и новации в советском праве не приходится. Например, к мировым сделкам (именно в этой форме обычно имело место прекращение обязательств по соглашению сторон) советский закон относился, судя по комментариям правоведов, "с предубеждением" и "с осторожностью" <1>: во-первых, мировые сделки, безусловно, допускались для частных лиц, а не для государственных органов и предприятий; во-вторых, когда речь шла о частных лицах, прежде всего о гражданах, советский суд включал патерналистский механизм и стремился максимально уберечь трудящихся от закабаления, признавая лишь такие мировые соглашения, которые представлялись ему справедливыми <2>. Кроме того, в силу возникновения плановой экономики, если стороной обязательства являлось Советское предприятие, советское государство все более активно выступало за реальное исполнение обязательства, тогда как способы его прекращения, рассмотренные в рамках данной статьи, могли привести к искажению запланированного результата и невыполнению плана <3>.

<1> Стучка П.И. Курс советского гражданского права. Ч. II. 1929. С. 279 - 280.

<2> Гражданский кодекс советских республик: текст и практический комментарий / Под ред. Ал. Малицкого. Харьков: Юридическое изд-во НКЮ УССР, 1927. С. 220. Исключением были мелкие споры между гражданами, где суд находил справедливым присудить управомоченной стороне хоть какую-то сумму на основании мировой сделки. См.: Стучка П.И. Указ. соч. С. 282.

<3> Шиловост О.Ю. О прекращении обязательств прощением долга // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С.А. Хохлова. М.: Изд-во Междунар. центра финансово-эконом. развития, 1998. С. 360 - 361.

А.О. ОВСЯНИКОВА

КОМПЕНСАЦИЯ УБЫТКОВ, ВЫЗВАННЫХ "ОБМАНОМ ДОВЕРИЯ" К ИСПОЛНЕНИЮ СДЕЛКИ

В настоящей статье рассматривается вопрос о защите так называемого доверительного или негативного интереса при возмещении убытков в случае нарушения договора и о взыскании доверительных убытков, выступающих в качестве альтернативного способа компенсации потерь в том случае, когда расчет позитивного интереса представляется затруднительным ввиду сложности доказывания размера упущенной выгоды.

Целью возмещения негативного интереса путем взыскания доверительных убытков является восстановление такого имущественного положения потерпевшего кредитора, в котором он находился бы, если бы никогда не вступал в нарушенный должником договор. Возмещение негативного интереса основано прежде всего на компенсации затрат, понесенных кредитором, доверившимся обещаниям должника исполнить договор, в ходе заключения договора, приготовления к исполнению и непосредственно в ходе исполнения договора.

Предполагается, что если бы кредитор не вступил в нарушенный договор, он имел бы возможность заключить альтернативный договор с третьим лицом и извлечь из него выгоду в результате получения исполнения по такому договору. Однако до сих пор остается спорным, подлежат ли возмещению в составе доверительных убытков выгоды от заключения и исполнения альтернативных сделок, упущенные в результате заключения нарушенного впоследствии договора.

Reliance damages for breach of contract

A.O. Ovsiannikova

The article deals with the protection of the so-called reliance or negative interest and award of the reliance damages for breaching the contract as an alternative measure of compensation of damages for breaching the contract where the plaintiff cannot prove his lost profits with the requisite degree of certainty required for the expected amount of recovery.

The aim of the reliance damages is to restore the plaintiff to the position it would have occupied if it had not entered into the contract violated by the debtor. This is done by means of compensating the creditor for the expenses incurred due to the reliance on the debtor's promises to execute the contract, during the contract conclusion, preparation for execution and directly during the execution of the contract.

It is assumed that if the injured party had not entered into the contract that was violated, it would have had the possibility to conclude an alternative contract with a third party and profit from it as a result of execution of such contract. But it is still questionable whether the award of the reliance damages includes profits from conclusion and execution of alternative contracts, lost as a result of concluding the contract that was subsequently violated.

Введение

Возмещение убытков как мера гражданско-правовой ответственности и один из инструментов защиты договорных прав участников гражданско-правового оборота носит, как правило, компенсационный характер. Главный принцип института возмещения убытков - полнота компенсации потерь, понесенных потерпевшей стороной договорных отношений. Полное возмещение убытков - идеальная и одновременно невыполнимая в практическом плане цель, ставящаяся перед этим институтом гражданского права.

В связи с существующей проблемой расчета и доказывания размера убытков на практике взыскание убытков превращается в игру на выживание, а реализация вышеуказанного принципа трансформируется из стопроцентно полного (в идеале) в **наиболее** полное (из возможного) возмещение убытков или вовсе в попытку потерпевшего компенсировать хотя бы какую-то часть реально понесенных им потерь.

Ввиду объективно существующей неработоспособности института возмещения убытков как способа защиты имущественных прав участников обязательственных правоотношений законодатель, судебная практика и доктрина различных правовых порядков на протяжении длительного времени работают над повышением его эффективности, облегчением процесса доказывания размера убытков, упрощением критериев для оценки степени убыточности конкретного нарушения сделки и поиском альтернативных способов исчисления убытков.

Анализируя природу компенсации убытков, мы говорим о защите определенного (уникального для данного случая) интереса кредитора, который он преследует, заключая договор. В связи с этим традиционно выделяют две формы возмещения убытков, ориентированных на понятие "интерес", в зависимости от того, защиту какого интереса обеспечивает возмещение убытков: позитивного интереса или негативного интереса.

Возмещение позитивного интереса имеет целью поставить потерпевшую сторону в такое имущественное положение, в каком она находилась бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом (нем. - positives Interesse, Erfüllungsinteresse; англ. - expectation interest). Эта теперь уже классическая формулировка принципа возмещения убытков впервые была высказана судьей Джеймсом Парком в деле *Robinson v. Harman* (1848) <1>.

<1> *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex Rep 850. Parke B (at 855): "The rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it to be

placed in the same situation, with regard to damages as if the contract had been performed".

Возмещение негативного интереса предполагает восстановление такого положения потерпевшей от нарушения договора стороны, как если бы сделки не существовало вовсе (нем. - negatives Interesse, Vertrauensinteresse; англ. - reliance interest).

Доктрина позитивного интереса неоднократно подвергалась критике, поскольку защита позитивного интереса как восстановление "расстроенных" ожиданий кредитора от сделки, включающее не только реальный ущерб, но и упущенную выгоду, рассматривалась как противоречащая компенсационному характеру института убытков. Одним из самых известных и значимых юридических трудов, ставивших под сомнение необходимость защиты позитивного интереса при возмещении убытков и выступавших за приоритет возмещения негативного интереса, является состоящая из двух частей статья американских юристов Л. Фуллера и У. Пердью "Доверительный интерес в договорных убытках" <1>, опубликованная в 1936 - 1937 гг., о которой подробнее будет сказано ниже.

<1> Fuller L.L., William R., Perdue Jr. The Reliance Interest in Contract Damages (pts. 1 & 2), 46 Yale L.J. 52, 373 (1936 - 1937).

Вместе с тем в настоящее время концепция возмещения позитивного интереса преобладает в сфере компенсации договорных убытков, она считается не только не противоречащей компенсационной природе института возмещения убытков, а, напротив, расценивается как более соответствующая принципу полного возмещения убытков, что очень важно в контексте существующей на практике систематической недокомпенсации потерь. Доктрина позитивного интереса предполагает компенсацию убытков путем создания такого имущественного состояния кредитора, которое ожидалось им по итогам исполнения должником своего обязательства <1>, однако не возникло ввиду нарушения должника, т.е. возмещение убытков в концепции позитивного интереса, по сути, представляет собой денежный эквивалент неполученного исполнения и доходов от него. Как отмечает А.Г. Карапетов, такой подход к возмещению убытков означает, что договорное обещание создает для кредитора не просто ожидание или надежду, а полноценное имущественное право <2>.

<1> Англ. expectation interest - ожидаемые результаты, выгоды; нем. Erfüllungsinteresse - интерес в исполнении обязательства.

<2> Карапетов А.Г. [Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд](#) // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. N 12. С. 27.

В подтверждение отражения существующего сегодня преимущества концепции позитивного интереса отметим, что в п. 2 ст. 393 ГК РФ закреплено, что возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Аналогичный подход закреплен в зарубежных правовых актах, как в нормативно-правовых актах (в США: УСС <1> (§ 1-305)), так и в доктрине и судебной практике (Англия, Шотландия, Германия, Австрия, Польша, Швеция Эстония, Испания <2>), а также в различных сводах норм, принципов в сфере частного права и модельных кодексах (DCFR (Art. III.-3:702) <3>, PECL (Art. 9:502) <4>, The Restatement (Second) of the Law of Contracts <5> (§ 347)).

<1> Uniform Commercial Code (Единообразный торговый кодекс США).

<2> [III.-3:702 DCFR](#) (Notes. I. Expectation interest).

<3> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), full edition, prepared by Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Ecquis Group), Munich, 2009 (Модельные [правила](#) европейского частного права, далее - DCFR).

<4> Principles of European Contract Law (Принципы европейского договорного права, далее - PECL).

<5> The Restatement (Second) of the Law of Contracts (дословно с англ. - "Второй свод норм договорного права") - подготовленный Институтом американского права (American Law Institute) научный труд, представляющий собой свод норм договорного права, своего рода гид по современным нормам contract common law, имеющий своей целью информировать судей и юристов об общих принципах регулирования договоров в системе общего права (далее - The Restatement (Second) of the Law of Contracts).

В свою очередь, доктрина возмещения убытков от напрасного доверия к сделке (reliance damages, Vertrauensschaden) позволяет кредитору возместить негативный интерес, включающий (по общему правилу, но не без исключений) только затраты (реальный ущерб), понесенные потерпевшей стороной сделки ввиду доверия к обещаниям контрагента, поскольку такие расходы оказались напрасными в связи с недобросовестностью должника, для того чтобы вернуть кредитора в его прежнее, "доконтрактное", имущественное положение.

Несмотря на то что доктрина негативного интереса, очевидно, не позволяет реализовывать на практике принцип компенсации убытков в полном объеме, гарантируя в большинстве случаев компенсацию только напрасно произведенных расходов, не учитывая, однако, утраченных вследствие нарушения договора возможностей кредитора, вместе с тем, принимая во внимание существующие сложности в доказывании размера убытков, концепция возмещения негативного интереса остается актуальной даже при господстве концепции позитивного интереса.

Прежде всего при компенсации убытков доктрина негативного (доверительного) интереса оказывается востребованной и эффективной там, где представляется затруднительным установить с точностью позитивный интерес кредитора в исполнении сделки и доказать достоверно размер неполученной кредитором выгоды от сделки в связи с ее неисполнением должником.

Таким образом, концепция возмещения негативного, или доверительного, интереса сохраняет свое правовое значение как альтернативный способ исчисления убытков, о чем и пойдет речь в настоящей статье.

I. ПОНЯТИЕ УБЫТКОВ ОТ "ОБМАНА ДОВЕРИЯ" К СДЕЛКЕ (ИСТОРИЧЕСКИЙ И ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ)

На практике убытки от "разрушенной" сделки могут возникнуть у кредитора, полагавшегося на обещания должника, в следующих ситуациях:

1) стороны заключили договор, кредитор осуществил ряд необходимых действий и финансовых затрат с целью реализации договора, однако впоследствии сделка аннулирована по причине ее недействительности (назовем этот тип ситуации **"доверие к существованию договора"**);

2) стороны заключили договор, кредитор произвел расходы в ожидании исполнения сделки, однако должник отказался от исполнения договора (назовем этот тип ситуации **"доверие к исполнению договора"**).

Далее в настоящей статье пойдет речь лишь об одном из вышеперечисленных типе ситуаций, а именно: о правовой природе, особенностях и проблемах возмещения убытков, возникших на стороне кредитора ввиду того, что он разумно полагался на обещание должника исполнить сделку, однако последний нарушил свое обязательство ("**доверие к исполнению договора**").

1. Германия

1.1. История вопроса. Доктрина *Rentabilitatsvermutung*

В Германии судебная практика стала допускать возмещение расходов, произведенных кредитором в ожидании исполнения договора, нарушенного впоследствии должником, задолго до появления прямого законодательного регулирования этого вопроса <1>, что нашло свое отражение в судебных актах Высшего имперского суда Германии по разрешению торговых споров (Reichsoberhandelsgerichts) и Имперского Верховного суда Германии (Reichsgericht) <2>. Например, в одном из решений 1912 г. покупатель земельного участка промышленного назначения потребовал, чтобы продавец, нарушивший договор купли-продажи, возместил в составе суммы взыскиваемых убытков расходы, понесенные покупателем в связи с получением разрешения от полиции на размещение предприятия на приобретаемом земельном участке, расходы на рекламу и иные траты, связанные с предприятием, которое покупатель намеревался разместить на купленном земельном участке, поскольку такие расходы оказались осуществленными впустую ввиду неисполнения продавцом обязанности по передаче земельного участка <3>. Эти расходы были возмещены Имперским Верховным судом Германии как составная часть позитивного интереса <4>.

<1> Речь идет о [§ 284 BGB](#), о чем подробнее будет сказано ниже. BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) - Гражданское уложение Германии (здесь и далее - BGB, Гражданское уложение Германии).

<2> Leonhard M. Der Ersatz des Vertrauensschadens im Rahmen der vertraglichen Haftung // Archiv für die civilistische Praxis, 199. Bd., N. 6, 1999. S. 662 - 663.

<3> 12.4.1912-II 481/11 - Recht 1912 Nr. 1594 (Betriebsgrundstück) zu [§ 463 BGB](#).

<4> Leonhard M. Op. cit. S. 663.

Возмещение таких расходов осуществлялось имперскими судами Германии на основании предположения об их рентабельности, самоокупаемости, доходности (*Rentabilitatsvermutung*) в случае исполнения договора. В соответствии с данным критерием возмещение произведенных кредитором расходов при неисполнении должником договора допустимо только в том случае, если предполагается, что эти расходы окупятся бы в будущем за счет доходов, возникших в результате получения надлежащего исполнения договора со стороны должника.

С одной стороны, такие расходы имели бы место на стороне кредитора и в том случае, если бы договор был исполнен должником надлежащим образом, с другой стороны, эти расходы целесообразны и выгодны только при получении кредитором предоставления по сделке, в противном же случае они оказываются совершенными впустую, бесполезными.

При этом в дальнейшем в практике немецких судов возмещение таких убытков рассматривалось не в качестве права на возмещение негативного интереса (*Vertrauensschaden*) взамен интереса позитивного (*Erfüllungsschaden*), а как особая форма возмещения позитивного интереса <1>.

<1> BGH, 28.05.1969 - VIII ZR 135/67; BGH, 22.09.1971 - VIII ZR 38/70; BGH, 22.06.1977 - VIII ZR 240/75; BGH, 21.04.1978 - V ZR 235/77; BGH, 10.12.1986 - VIII ZR 349/85; BGH, 19.04.1991 - V ZR 22/90; BGH, 30.06.1993 - XII ZR 136/91.

Судебная практика Австрии <1> восприняла использовавшийся Имперским Верховным судом Германии критерий *Rentabilitatsvermutung* (предполагаемая окупаемость расходов) для случаев, когда размер позитивного интереса сложно было рассчитать <2>.

<1> OGH 17.12.1980, 1 Ob 729/80; OGH 26.11.1992 8 Ob 570/91.

<2> Leonhard M. Op. cit. S. 664.

Однако доктрина, в соответствии с которой допустимость возмещения убытков в виде напрасно произведенных расходов основана на критерии предполагаемой окупаемости расходов, имеет свои недостатки. Критерий "предположение о рентабельности" (*Rentabilitatsvermutung*) является исключительно коммерчески ориентированным и неприменим там, где исполнение договора преследует некоммерческие цели, что не позволяло кредиторам взыскивать с должников суммы напрасно произведенных расходов в случаях, когда заключение и исполнение договора не преследовало цели извлечения прибыли <1>. Например, покупатель в ожидании получения от продавца дорогой картины, которую хочет повесить у себя дома, приобретает для нее раму, однако продавец не исполняет свой договор. Очевидно, что расходы на раму не могли бы окупиться за счет приобретенной картины, поскольку ее покупка была направлена на удовлетворение исключительно духовных интересов покупателя, соответственно, в подобном случае доктрина предполагаемой окупаемости расходов не могла быть применена для взыскания убытков в размере напрасно произведенных затрат на приобретение рамы.

<1> Подробнее см.: Leonhard M. Op. cit. S. 679 - 685.

Недостатки однонаправленной ориентированности доктрины предполагаемой окупаемости расходов (*Rentabilitatsvermutung*) на коммерческий оборот особенно явно можно увидеть в одном из решений Федерального Верховного суда Германии. В указанном деле политическое объединение пыталось взыскать убытки в размере напрасно произведенных затрат на рекламу с администрации муниципального образования, пообещавшего предоставить политическому объединению зал в аренду, но не исполнившего договор, опасаясь беспорядков, однако суд отказал в удовлетворении иска об убытках, поскольку нематериальные цели запланированного политическим объединением мероприятия исключают, по мнению суда, окупаемость затрат на рекламу этого мероприятия <1>.

<1> BGH, 10.12.1986 - VIII ZR 349/85. См. также дело BGH, 18.09.1985 - VIII ZR 244/84.

Таким образом, указанные недостатки доктрины предполагаемой окупаемости расходов (*Rentabilitatsvermutung*) приводили к несправедливой дискриминации кредиторов, для которых целью заключения договора и получения предоставления по сделке не являлось извлечение прибыли. Устранение таких пробелов в регулировании способов защиты пострадавших от неисполнения обязательства кредиторов и ликвидация неравенства в положении кредиторов, возникавшего в зависимости от вида или цели сделки, были достигнуты в результате появления в 2002 г. в Гражданском уложении Германии в § 284, о чем будет сказано далее.

1.2. Современный подход. Соотношение понятия убытков от "обмана доверия" к сделке в концепциях возмещения негативного и позитивного интереса

В современной немецкой доктрине разделяется возмещение убытков от доверия к существованию договора (в случае оспаривания сделки) и убытков, вызванных доверием к обещаниям должника исполнить обязательство, основанное на действительной сделке. Эти две категории убытков "от доверия" имеют разное нормативное регулирование и теоретическое обоснование.

К собственно убыткам от "напрасного доверия к сделке" (Vertrauensschaden) немецкая теория права относит только убытки, возникшие у потерпевшей стороны ввиду недействительности сделки, вызванной ошибкой, заблуждением, отсутствием серьезного намерения при изъявлении воли на совершение сделки (§ 122 I BGB), а также убытки, возникшие при совершении сделки представителем, действующим без полномочий (§ 179 II BGB) <1>. В этих случаях, если сделка будет аннулирована, убытки возмещаются исходя из доктрины негативного интереса, так, чтобы поставить пострадавшего в такое имущественное положение, как если бы действия по заключению и исполнению сделки, признанной недействительной, никогда не совершались. Прежде всего такое возмещение убытков представляет компенсацию напрасно произведенных потерпевшим расходов. В любом случае размер возмещения таких убытков не должен превышать размера выгоды, которую потерпевшая сторона или третье лицо извлекли бы из сделки в случае действительности волеизъявления при отсутствии пороков воли (§ 122 I BGB) или действительности договора при заключении его надлежащим образом уполномоченным представителем (§ 179 II BGB). То есть объем возмещения собственно негативного (доверительного) интереса в немецком праве имеет в качестве ограничителя интерес позитивный <2>.

<1> Lange H., Schiemann G. Op. cit. S. 64.

<2> Ibid.

В России аналогичная возможность возмещения негативного интереса как убытков от доверия к существованию договора усматривается в регулировании п. 6 ст. 178 и п. 4 ст. 179 ГК РФ, в соответствии с которыми в случае признания недействительной сделки как совершенной под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы или неблагоприятных обстоятельств одна из сторон сделки вправе также требовать взыскания с другой стороны причиненных недействительностью сделки убытков. Логично, что в данном случае закон подразумевает расчет убытков исходя из доктрины негативного интереса, более того, в рассматриваемых случаях признания недействительными сделок компенсация позитивного интереса невозможна <1>.

<1> Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 27.

Возможность компенсации убытков, рассчитанных в соответствии с доктриной негативного интереса в случае признания сделки недействительной, предусмотрена также в PECL (Art. 4:117) и UPICC (Art. 3.2.16) <1>.

<1> UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts - Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 (здесь и далее - UPICC).

Вместе с тем, как указывалось выше, в настоящей статье будут рассматриваться случаи убытков от доверия к **исполнению** договора, вызванных его нарушением, а не возникших вследствие признания договора недействительным ввиду пороков воли или по иным основаниям.

На смену описанной выше доктрине предполагаемой окупаемости расходов (Rentabilitätsvermutung), позволявшей кредитору (хотя и не всегда) взыскать в качестве убытков напрасно произведенные затраты по сделке в ситуации, когда доказать позитивный интерес было невозможно, пришло прямое нормативное регулирование, допустившее взыскание таких убытков. С 1 января 2002 г. в Германском гражданском уложении в ходе модернизации обязательственного права Германии появилась новая статья (§ 284 BGB), которая предусматривает право кредитора в случае нарушения договора требовать вместо убытков взамен исполнения (Schadensersatz statt der Leistung) возмещения должником напрасно понесенных расходов (Ersatz vergeblicher [frustrierter] Aufwendungen), которые он произвел и (или) разумно мог произвести, рассчитывая на исполнение сделки. В этом смысле возмещение напрасно произведенных расходов ввиду отказа от исполнения договора следует также отнести к убыткам от "доверия к сделке", а именно, от доверия к обещанию должника исполнить договор.

По смыслу нормы § 284 BGB и в соответствии с толкованием, данным немецкой доктриной права, возмещение напрасно произведенных расходов не относится к собственно доверительным убыткам (Vertrauensschaden) и не является возмещением негативного интереса, а представляет **альтернативный** способ исчисления убытков в рамках доктрины позитивного интереса, применяемый **по выбору** потерпевшего кредитора вместо взыскания убытков в размере неполученного исполнения по договору (Schadensersatz statt der Leistung) <1>.

<1> Stoppel J. Der Ersatz frustrierter Aufwendungen // Archiv für die civilistische Praxis, 204. Bd., H. 1, 2004. S. 84 - 87.

Таким образом, современная немецкая доктрина определяет возможность взыскания напрасно произведенных расходов в соответствии с § 284 BGB не в качестве удовлетворения негативного интереса, а рассматривает возмещение произведенных в рамках осуществления сделки затрат (ввиду их "бесполезности, обесценивания и фрустрации") как особое проявление компенсации позитивного интереса, которое не было известно немецкому законодательству (но применялось на практике) до момента проведения комплексной модернизации обязательственного права Германии <1>.

<1> Ibid. S. 86.

2. Англосаксонская система права

В отличие от право порядков Германии и Австрии в англосаксонской системе права истцу достаточно давно был предоставлен выбор: возмещать или позитивный интерес, интерес ожиданий (expectation interest), или негативный интерес, или интерес доверия (reliance interest).

Критерий предполагаемой окупаемости расходов в англосаксонской системе права также нашел широкое распространение. Одно из старейших английских дел, где он был применен, - дело Nurse v. Barns (1664) <1>, в котором торговец изделиями из железа арендовал на шесть месяцев помещения за 10 англ. фунтов, чтобы разместить там свое производство, а когда арендодатель отказался от исполнения договора, взыскал с него убытки в размере 500 фунтов, потраченных арендатором на инвентарь, необходимый для организации производства.

<1> Nurse v. Barns. King's Bench, Sir T. Raym 77 (1664).

Как отмечено в статье Л. Фуллера и У. Пердью, если кредитор не может с достаточной степенью уверенности рассчитать свою упущенную выгоду, он наряду с уже произведенным исполнением по сделке может требовать возмещения всех без исключения расходов, которые были необходимы для исполнения договора или были произведены ввиду уверенности в исполнении договора <1>. В основе такого суждения лежит предположение о том, что встречное предоставление по договору как минимум покрывает произведенные затраты <2>.

<1> Fuller L.L., Perdue W.R. Op. cit. P. 52 - 53.

<2> См.: United States v. Behan, 110 U.S. 338 (1884).

Так, например, в случае покупки фермером семян, которые, как выяснится уже после посева, были испорченными, покупателю трудно будет взыскать свою упущенную выгоду, так как невозможно предсказать, каков был бы урожай, если бы качество семян было надлежащим, поскольку здесь замешаны иные многочисленные факторы, а также неизвестно, смог бы фермер реализовать весь урожай. Поэтому в данном случае фермеру разумнее требовать возмещения негативного (доверительного) интереса и взыскивать траты, произведенные, например, в связи с арендой земли под посев и расходы по обработке и возделыванию пашни.

Еще один классический пример - дело Rogers v. Davidson (1891) <1>, в котором арендатор лесного участка, взявший его в пользование с целью заготовки древесины, взыскал с отказавшегося от исполнения договора арендодателя сумму затрат на оборудование лесопилки, поскольку доказать упущенную выгоду было бы невозможно в связи со сложностью определения того, какая прибыль была бы получена от продажи древесины, если бы договор аренды был исполнен надлежащим образом <2>.

<1> Rogers v. Davidson, 21 A. 1083 (Pa. 1891).

<2> Leonhard M. Op. cit. S. 667.

Право на возмещение убытков в рамках негативного интереса (reliance interest) в качестве альтернативы компенсации убытков путем возмещения позитивного интереса (expectation interest) предусмотрено в The Restatement (Second) of the Law of Contracts (§ 349).

Широкое распространение в США взыскания именно негативного интереса связано в первую очередь с тем, что американские суды в целом предъявляют очень высокий стандарт доказывания к определению размера позитивного интереса. В то время как в Германии в соответствии с § 252 BGB и § 287 ZPO <1> облегчено доказывание упущенной выгоды, нужно только доказать фактические обстоятельства, при которых в обычных условиях оборота либо в особых обстоятельствах (в частности, благодаря предпринятым мерам и приготовлениям) с высокой вероятностью можно ожидать возникновения упущенной выгоды, по американскому праву наступление упущенной выгоды должно быть доказано с разумной степенью достоверности (reasonable certainty), а сомнительная и лишь теоретически возможная упущенная выгода не может быть взыскана в рамках возмещения позитивного интереса <2>.

<1> Zivilprozessordnung (ZPO) - Гражданский процессуальный кодекс Германии.

<2> Leonhard M. Op. cit. S. 666.

Следует отметить, что впервые понятие reliance interest (интерес доверия, доверительный интерес) в качестве юридического термина появилось в статье Л. Фуллера и У. Пердью, упомянутой выше. При этом авторы статьи не просто вводят категорию reliance interest и рассуждают о возможности применения доктрины негативного (доверительного) интереса в качестве альтернативного способа определения компенсации при возмещении убытков, а подходят к вопросу возмещения убытков радикально: вся статья Л. Фуллера и У. Пердью посвящена тому, чтобы опровергнуть преобладающее в то время в теории права мнение, что целью возмещения убытков при нарушении договора и основой для их расчета является обеспечение защиты позитивного интереса.

Л. Фуллер и У. Пердью отмечают, что если под компенсацией убытков понимается такой порядок возмещения убытков, при котором кредитор ставится в положение, в котором он находился бы, будь договор исполнен, то возникает ситуация, при которой кредитор получает то, чего у него никогда не было <1>, что не соответствует компенсации в прямом смысле и не является естественным по своей правовой природе.

<1> Fuller L.L., Perdue W.R. Jr. Op. cit. P. 52 - 53.

Таким образом, по мнению Л. Фуллера и У. Пердью, убытки - это всегда только фактические потери (в том числе потеря возможности заключить альтернативный договор <1>), возникшие от срыва сделки ввиду нарушения должником обещаний, на которые кредитор полагался, которым доверял, а никакая не упущенная выгода, гипотетическая прибыль, не полученная ввиду расстройства ожиданий кредитора.

<1> Ibid. P. 55, 60 - 61.

В то же время некоторые ученые критикуют статью Л. Фуллера и У. Пердью и вовсе отрицают существование некоего самостоятельного "интереса доверия" (reliance interest), служащего основой для возмещения убытков в качестве альтернативы "интересу ожиданий" (expectation interest). Противники взглядов Л. Фуллера и У. Пердью акцентируют внимание на том, что цель обязательства - его исполнение, поэтому говорить, что в случае неисполнения договора мы можем поставить потерпевшего кредитора в положение "как будто договора не было", является в корне неверным <1>. По их мнению, компенсация убытков должна обязательно стремиться обеспечить денежную замену исполнения <2>, получение которого стало невозможным ввиду нарушения договора, а не создавать видимость отсутствия договора.

<1> McLaughlan D. Reliance Damages for Breach of Contract. N.Z. L. Rev. 417, 2007. P. 421.

<2> Ibid. P. 421.

Майкл Б. Келли в своей статье <1> отрицает существование доверительного интереса (reliance interest) в возмещении договорных убытков <2>, иронично называет доверительный интерес во взыскании убытков за нарушение договора "фантомным", действующим как невидимая, непризнанная сила, которая объясняла возмещение ущерба там, где суды ошибочно, по мнению Л. Фуллера и У. Пердью, приписывали природу компенсации договорных убытков интересу ожидания <3>. Майкл Б. Келли отмечает, что, создавая доктрину доверительного интереса, Л. Фуллер и У. Пердью разделяли то, как доверительный интерес выглядит в идеале (в

теории) и как это работает на практике. В связи с этим Майкл Б. Келли высмеивает утверждение Л. Фуллера и У. Пердью о существовании особого доверительного интереса, поскольку сами авторы, адаптируя теоретически разработанную ими доктрину доверительного (негативного) интереса компенсации убытков к применению на практике, трансформируют этот некий особый доверительный интерес (reliance interest) в интерес ожиданий (expectation interest) <4>.

<1> Kelly M.B. The Phantom Reliance Interest in Contract Damages. Wis. L. Rev. 1755, 1992.

<2> Ibid. P. 1758.

<3> Ibid. P. 1756.

<4> Kelly M.B. Op. cit. P. 1761.

Во-первых, компенсация "чистого" доверительного интереса (pure reliance interest), включающего, по мнению Л. Фуллера и У. Пердью, и напрасно произведенные расходы, и стоимость упущенных возможностей (opportunity costs), согласно рассуждениям самих авторов концепции reliance interest, практически невозможна (в первую очередь потому, что доказать убытки от утраты возможностей затруднительно) <1>. Кроме того, по мнению Майкла Б. Келли, включение Л. Фуллером и У. Пердью в состав возмещаемых доверительных убытков упущенной прибыли от возможной альтернативной сделки, которую кредитор мог бы получить в случае отсутствия нарушенного договора и заключения иного договора, тем самым лишь сближает доверительный интерес с интересом ожиданий <2>.

<1> Ibid. P. 1761 - 1762. См.: Fuller L.L., Perdue W.R. Jr. Op. cit. P. 55, 60 - 61.

<2> Ibid. P. 1762.

Во-вторых, Майкл Б. Келли отмечает, что сами же Л. Фуллер и У. Пердью отвергали любое применение доктрины доверительного интереса, позволяющее возмещать убытки в размере большем, чем предполагает доктрина ожидаемого интереса <1>.

<1> Ibid. P. 1763. См.: Fuller L.L., Perdue W.R. Jr. Op. cit. P. 75 - 80.

В-третьих, Л. Фуллер и У. Пердью во второй части своей статьи <1>, по сути, сводят применение доктрины доверительного интереса (reliance interest) исключительно к компенсации расходов, осуществленных в ходе реализации договора, впоследствии нарушенного, т.е. к компенсации только напрасно произведенных затрат (wasted expenditure) <2>, или, как еще их называют в англосаксонской доктрине, накладных расходов (out-of-pocket expenditure). По мнению Майкла Б. Келли, редуцирование Л. Фуллером и У. Пердью возмещения убытков в случае нарушения договора до суммы напрасно произведенных расходов (в любой ситуации, даже когда возможно доказать упущенную выгоду) ведет к тому, что применение доктрины доверительного интереса (reliance interest) заведомо вызывает недокомпенсацию потерь кредитора. Такая редукция не соответствует идеальной цели, изначально заложенной Л. Фуллером и У. Пердью в доктрине "чистого" доверительного интереса, включающего возмещение в составе доверительных убытков в том числе и упущенных кредитором возможностей, и вряд ли побуждает нас отказаться от доктрины ожидаемого (позитивного) интереса в пользу доктрины доверительного (негативного) интереса в том варианте редуцированного практического применения доктрины, которое предложили Л. Фуллер и У. Пердью <3>.

<1> Fuller L.L., Perdue W.R. Jr. Op. cit. P. 373 - 420.

<2> Kelly M.B. Op. cit. P. 1764 - 1766.

<3> Kelly M.B. Op. cit. P. 1764 - 1766.

Д. МакЛоклен в своей статье, также критикующей взгляды Л. Фуллера и У. Пердью, говорит о том, что взыскание напрасно произведенных расходов в качестве убытков за нарушение договора еще не повод называть их особыми, доверительными убытками (reliance damages) <1>. Тот факт, что потерпевший просто не смог доказать весь объем упущенной выгоды и решил взыскать напрасно произведенные расходы, не приводит к внезапной трансформации позитивного интереса в негативный. Взыскание напрасно произведенных затрат в данных обстоятельствах просто является наиболее доступной для доказывания оценкой чистого ожидаемого дохода от сделки <2>.

<1> McLauchlan D. Op. cit. P. 424.

<2> Ibid. P. 428.

Более того, по мнению Д. МакЛоклена, о собственно доверительном интересе (reliance interest) при возмещении убытков, а не о расчете позитивного интереса через определение размера напрасно произведенных затрат можно говорить только тогда, когда убытки возникают ввиду недействительности сделки в связи с введением кредитора в заблуждение или обманом <1>. Таким образом, представление Д. МакЛоклена о негативном интересе в чистом виде и о собственно доверительных убытках аналогично понимаю доверительного или негативного интереса (Vertrauensschaden) в немецкой доктрине, к которому относится только возмещение убытков в случае недействительности сделок в соответствии с § 122 I BGB и § 179 II BGB.

<1> Ibid. P. 422.

Вместе с тем в доктрине англосаксонского права ряд ученых продолжают употреблять терминологию reliance interest (доверительные убытки) именно в значении особого альтернативного вида убытков и рассматривают их именно в рамках концепции негативного интереса, когда возмещение доверительных убытков нацелено на создание такого имущественного положения потерпевшего кредитора, как если бы договор никогда не заключался <1>.

<1> См.: Treitel G.H. The Law of Contract. 11th ed., London, 2003. P. 940 - 941; Saidov D. The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments. Hart Pub., 2008. P. 30 - 33.

Мнение цивилистов, считающих, что возмещение напрасно произведенных расходов вовсе не представляет собой какую-то особую категорию доверительных убытков (reliance damages), относительно недавно нашло отражение также в судебной практике Высокого суда Англии и Уэльса. В деле Omak Maritime Ltd. v. Mamola Challenger Shipping Co & Ors (2010) <1> высказана позиция о том, что доверительные убытки (reliance damages) не имеют цели поставить истца в такое положение, как если бы договора никогда не было. Доверительные убытки (reliance damages) должны скорее рассматриваться как вид ожидаемых убытков (expectation damages), и их

возмещение должно основываться на принципе, высказанном в деле *Robinson v. Harman* <2>, т.е. стремиться поставить истца в такое положение, как если бы договор был исполнен. Судья Н. Тир отмечает, что определение напрасно произведенных расходов в качестве вида ожидаемых убытков поддерживается позицией Апелляционного суда Англии и Уэльса (Court of Appeal) по делу *C & P Haulage v. Middleton* <3> и авторитетными мнениями юристов в США, Канаде и Австралии <4>. Возмещение упущенной выгоды и взыскание убытков в виде напрасно произведенных расходов - это всего лишь два проявления концепции позитивного интереса <5>.

<1> *Omak Maritime Ltd. v. Mamola Challenger Shipping Co & Ors* [2010] EWHC 2026 (Comm) (04 August 2010).

<2> Teare J. <...> held that reliance damages are not aimed at putting the claimant in a position as if there had been no contract. Rather, reliance damages should rationally be explained as a species of expectation damages, and their recovery should be governed by the principle in *Robinson v. Harman* // http://www.onlinedmc.co.uk/index.php/Omak_Maritime_v_Mamola_Challenger_Shipping.

<3> *C & P Haulage v. Middleton* [1983] EWCA Civ 5 // <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1983/5.html>.

<4> "I consider that the weight of authority strongly suggests that reliance losses are a species of expectation losses and that they are neither, to use Mr. Brenton's phrase, fundamentally different nor awarded on a different juridical basis of claim. That they are a species of expectation losses is supported by the decision of the Court of Appeal in *C&P Haulage v. Middleton* and by very persuasive authorities in the United States, Canada and Australia" // [http://iclr.co.uk/document/2011000239/%5B2010%5D%20EWHC%202026%20\(Comm\)/html](http://iclr.co.uk/document/2011000239/%5B2010%5D%20EWHC%202026%20(Comm)/html).

<5> "In truth, as has been seen, damages for loss of profits and damages for expenditure reasonably incurred are simply two manifestations of the general principle enunciated in *Robinson v. Harman*" // [http://iclr.co.uk/document/2011000239/%5B2010%5D%20EWHC%202026%20\(Comm\)/html](http://iclr.co.uk/document/2011000239/%5B2010%5D%20EWHC%202026%20(Comm)/html).

Позиция о том, что возмещение в качестве убытков напрасно произведенных расходов является одним из проявлений позитивного интереса также была высказана ранее судом в Австралии по делу *Commonwealth of Australia v. Amann Aviation Pty Ltd.* (1991) <1>. При этом в Австралии в соответствии с решением по указанному делу расчет убытков на основании произведенных затрат возможен только тогда, когда расчет упущенной выгоды невозможен, выбор такого способа расчета убытков осуществляется исключительно по усмотрению суда, истец не имеет свободного выбора между двумя способами расчета убытков <2>.

<1> *Commonwealth of Australia v. Amann Aviation Pty Ltd.* (1991) 174 CLR 64, 85.

<2> Davis H. *The Problems With Amann: Would An Agreement-Centred Approach To Remoteness Benefit Australian Jurisprudence?* *University of Western Australia Law Review*. Vol. 42(2):1. 2017.

3. Убытки от "обмана доверия" к исполнению сделки в России

В российском законодательстве норма, допускающая возмещение убытков путем восстановления существовавшего до заключения договора имущественного положения пострадавшей стороны (негативный интерес) или возмещения напрасно произведенных расходов в качестве альтернативны исчислению убытков в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 393 ГК РФ (позитивный интерес), отсутствует.

Можно предположить, что взыскание убытков, рассчитанных в соответствии с доктриной негативного интереса, возможно осуществить в качестве альтернативы возмещению позитивного интереса в случаях, предусмотренных п. 3 ст. 450.1 ГК РФ <1> и п. 5 ст. 453 ГК РФ <2>, однако теория и судебная практика в России по этому поводу молчит, а из прямого регулирования законодательства вывод о таком допущении является неоднозначным, учитывая, что п. 2 ст. 393 ГК РФ напрямую закрепляет расчет убытков на основании доктрины позитивного интереса.

<1> Пункт 3 ст. 450.1 ГК РФ: "В случае отсутствия у одной из сторон договора лицензии на осуществление деятельности или членства в саморегулируемой организации, необходимых для исполнения обязательства по договору, другая сторона вправе отказаться от договора (исполнения договора) и потребовать возмещения убытков".

<2> Пункт 5 ст. 453 ГК РФ: "Если основанием для изменения или расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных изменением или расторжением договора".

II. ВОЗМЕЩЕНИЕ НАПРАСНО ПРОИЗВЕДЕННЫХ РАСХОДОВ

Как мы увидели выше, на практике компенсация убытков от доверия к исполнению сделки (будь то самостоятельный, альтернативный способ возмещения убытков в рамках концепции защиты негативного интереса либо проявление позитивного интереса) сводится в большинстве случаев к возмещению только напрасно произведенных расходов, об условиях, критериях допустимости и объеме возмещения которых и пойдет речь в настоящем разделе.

1. Критерии допустимости возмещения напрасно произведенных расходов

1.1. Необходимая причинно-следственная связь

В отличие от позитивного интереса негативный интерес усматривает причину имущественных потерь не в нарушении договора как таковом, а "в обмане доверия" кредитора к тому, что сделка будет исполнена должником <1>. Возмещению подлежат не любые затраты, сопутствующие конкретным договорным отношениям, а только такие имущественные потери, которые возникли исключительно вследствие доверия кредитора к исполнению сделки.

<1> Leonhard M. Op. cit. S. 685.

Таким образом, для целей возмещения доверительных убытков (reliance damages) необходимо наличие причинно-следственной связи между обещанием исполнения и расходами, сопряженными со сделкой. В противном случае на должника возлагалось бы непомерное бремя по возмещению любых расходов (любой категории и в любом объеме), понесенных ввиду одного лишь факта заключения договора.

Причинно-следственная связь отсутствует, а доверительный интерес (reliance interest) не подлежит возмещению в случае, когда цель, преследуемая кредитором при осуществлении расходов в связи с заключенной сделкой, не будет достигнута даже в случае надлежащего исполнения договора должником. В этой ситуации кредитор не может перекладывать на должника риски недостижения цели договора. Такое ограничение закреплено, например, в § 284 BGB, где говорится, что требовать возмещения расходов, которые кредитор произвел, рассчитывая на исполнение, возможно, только если цель осуществления этих расходов не была бы достигнута и при отсутствии нарушения договора со стороны должника. Аналогичное правило

закреплено в § 349 The Restatement (Second) of the Law of Contracts: "Потерпевшая сторона договора вправе возместить убытки, основанные на ее доверительном интересе <...> за вычетом тех расходов, которые (если это сможет доказать нарушившая договор сторона) с разумной степенью достоверности понес бы потерпевший кредитор и в том случае, если бы договор был исполнен надлежащим образом" <1>.

<1> "The injured party has a right to damages based on his reliance interest <...> less any loss that the party in breach can prove with reasonable certainty the injured party would have suffered had the contract been performed".

1.2. Напрасность расходов

Если цель, преследуемая кредитором при осуществлении им затрат, будет достигнута в любом случае независимо от нарушения должником своего обязательства, нельзя говорить о напрасности произведенных расходов и, соответственно, о возникновении убытков.

Такая ситуация возможна, например, в том случае, когда расходы производятся кредитором для реализации нескольких целей либо когда потерпевший кредитор имеет возможность использовать произведенные им траты на достижение иной, новой цели (смена цели), а также в случае, когда кредитор заключит сделку взамен нарушенной <1>.

<1> Stoppel J. Op. cit. S. 100.

Например, кредитор произвел расходы по аренде грузового автомобиля, необходимого для того, чтобы вывезти товар, обещанный должником по договору поставки, однако поставщик отказался от исполнения договора, вместе с тем кредитор использовал транспорт для цели перевозки принадлежащего ему имущества, в связи с чем плата за аренду не является напрасно произведенным расходом. Другой пример, когда покупатель дистанционно приобрел билеты в кинотеатр, куда отправился на такси, однако на месте выяснилось, что продавец по какой-то причине отказывается предоставить купленные билеты на соответствующий фильм (например, сотрудник кинотеатра по ошибке повторно реализовал уже купленные билеты, а остальные билеты на этот фильм раскуплены). Расходы на такси не будут подлежать возмещению в ситуации, когда, например, взамен прежних билетов покупатель приобретет билеты на другой фильм, демонстрируемый в том же кинотеатре в то же самое время.

Можно сказать, что в рассматриваемых случаях срабатывает правило *compensatio lucri cum damno* - зачет выгоды с ущербом, т.е. зачет в покрытие убытков, возникших от какого-либо действия или события, той выгоды, которая получается от того же действия или события.

В то же время автору настоящей статьи представляется спорным вывод о том, что в таких случаях у кредитора отсутствует убыток. Действительно, кредитор нашел альтернативное применение своим расходам, чтобы они не оказались напрасными. Однако такое альтернативное использование уже произведенных затрат является вынужденным, иногда даже нежелательным (возможно, кредитор не хотел идти на другой фильм или перевозить свое имущество именно в данный момент), предпринятым кредитором с целью снижения размера возникших убытков (*mitigation*) и ввиду опасений кредитора, что ему не удастся взыскать эти убытки с должника. Вместе с тем такое альтернативное использование уже понесенных расходов не освобождает кредитора от повторного осуществления затрат на первоначальные цели, которые не были достигнуты в результате нарушения договора. Представляется, что в таком повторном осуществлении аналогичных затрат и будет состоять убыток должника.

1.3. Значение момента осуществления расходов

Для целей возмещения расходов, произведенных в предвкушении совершения сделки, имеет значение факт заключения договора, поскольку только с этого момента кредитор может обоснованно надеяться на исполнение сделки, полагаясь на возникновение обязательства и наличие права требовать от должника соответствующего исполнения.

Учитывая это, встает разумный вопрос, можно ли взыскать расходы, понесенные в связи с заключением и исполнением договора, но произведенные до момента его заключения, т.е. преддоговорные расходы <1>. Для этого необходимо выяснить, всегда ли момент возникновения доверия к исполнению договора совпадает с моментом его заключения. С какого момента можно считать, что у кредитора есть все основания полагаться на сделку и производить связанные с ней расходы?

<1> Здесь и далее под преддоговорными расходами подразумеваются расходы по сделке в связи с ее совершением и (или) необходимые для ее исполнения, которые произведены до заключения сделки (нем. *vorvertragliche Aufwendungen*, англ. *pre-contractual expenditures* [expenses]). Используемый в настоящей статье термин "преддоговорные расходы" не касается возмещения расходов, которые понесены в процессе ведения переговоров, по итогам которых договор так и не был заключен, т.е. не относится к категории преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*).

Английские суды долгое время придерживались преимущественно той позиции, что расходы, понесенные до момента заключения договора, не могут быть взысканы как негативный интерес. Исключение составляли дела, касающиеся передачи прав на землю (*contract to convey land*), в которых допускалось взыскание преддоговорных расходов как элемента доверительных убытков (*reliance damages*) <1>. Например, судами взыскивались так называемые расходы на "исследование" титула, получение информации о содержании титула на землю (*expenses of investigating title*), совершенные в преддверии заключения договора о передаче прав на землю (дело *Hanslip v. Padwick*, 1850 <2>), расходы на юридические услуги по утверждению (одобрению) договора и совершению договора (*legal costs of approving and executing the contract*) о передаче прав на землю (дело *Wellington v. Townsend*, 1939 <3>).

<1> Crespi G.S. Op. cit. P. 51 - 52.

<2> *Hanslip v. Padwick* (1850). 5 Ex. 615/ 19 L. J. Ex. 372.

<3> *Wallington v. Townsend* (1939). 1 Ch 588, 592 (Morton J.).

Практика взыскания преддоговорных убытков английскими судами продвинулась дальше в деле *Lloyd v. Stanbury* (1971) <1>, хотя спор вновь касался передачи прав на землю. В рассматриваемом деле истец и ответчик достигли неофициального соглашения (*informal agreement*), по которому должник обязался передать истцу участок земли. Частью этого неформального соглашения было условие, что истец должен был предоставить в собственность ответчика передвижной дом на колесах (трейлер) на время, пока ответчик не построит себе жилище на прилегающем земельном участке. Истец исполнил свою обязанность и передал ответчику трейлер за пять дней до официального заключения (подписания) договора, который придал юридическую силу ранее неофициально достигнутому между сторонами соглашению и содержал ранее согласованное условие о предоставлении ответчику трейлера во временное пользование. Однако в последующем ответчик нарушил договор, в связи с чем истец обратился в суд за взысканием преддоговорных расходов на составление нотариальных актов о передаче прав

на недвижимость (conveyancing expenses) и на транспортировку трейлера должнику (moving costs). Суд удовлетворил требование истца, указав в решении следующее: "Истец вправе возмещать расходы, предшествующие заключению договора, представляющие собой (1) юридические расходы по утверждению (одобрению) договора и совершению договора, и (2) расходы по совершению действия, обязательного к исполнению в соответствии с договором, несмотря на то, что такое действие выполнено в ожидании совершения (заключения) договора" <2>.

<1> Lloyd v. Stanbury (1971). 1 WLR 535 [1971] 2 All ER 267.

<2> Crespi G.S. Op. cit. P. 51 - 52.

Данный подход вскоре получил более широкое распространение и в иных категориях дел, рассматриваемых судами стран Британского Содружества. Так, например, в известном деле *Anglia Television Ltd. v. Reed* (1972) <1> истец заключил договор с известным актером, который должен был исполнить главную роль в телевизионной пьесе. Еще до заключения договора истец начал подготовку к съемкам и понес расходы, пригласив для съемок режиссера, дизайнера и режиссера-постановщика. Однако впоследствии актер отказался от договора, а истец не смог найти подходящую замену. Рассчитать размер упущенной выгоды от невозможности реализации задуманного проекта истец также не смог, поэтому обратился в суд с требованием о взыскании суммы понесенных им в преддверии контракта расходов на организацию съемочной группы. Суд удовлетворил требование в полном объеме и выразил в решении следующую общую для взыскания убытков позицию, которая имела значение не только применительно к рассматриваемому делу: "В случае когда истец обращается за взысканием суммы напрасно произведенных расходов (wasted expenditure), он не ограничен взысканием только тех расходов, которые совершены после того, как договор был заключен. Он может также взыскивать затраты, произведенные до заключения договора, при условии, что в сознании сторон договора было разумно ожидаемым, что в случае нарушения договора такие расходы окажутся бесполезными, понесенными впустую... Это решение в полной мере согласуется с тем принципом, согласно которому понесенные впустую затраты могут быть возмещены тогда, когда напрасность таких расходов была вызвана не чем иным, как нарушением договора должником" <2>.

<1> *Anglia Television Ltd. v. Reed* (1972) / 1 QB 60 (Court of Appeal of England and Wales).

<2> Crespi G.S. Op. cit. P. 52 - 53.

Позиция по делу *Anglia Television Ltd. v. Reed* была широко воспринята в практике всех судов стран Британского Содружества и нашла свое отражение, например, в решении суда Англии по делу *C.C.C. Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd.* (1985) <1> и решении суда Новой Зеландии по делу *O'Connell v. Hay* (1983) <2>. В деле *O'Connell v. Hay* сказано следующее: "Нет причин, по которым не подлежат возмещению расходы, понесенные до подписания договора, если такие расходы являются нормальными (типичными) расходами, осуществляемыми в процессе оформления сделки, и как таковые эти затраты ожидаемы (очевидны) для другой стороны сделки" <3>.

<1> *C.C.C. Films (London) Ltd. v. Impact Quadrant Films Ltd.* (1985). 1 QB 16, [1984] 3 WLR 245.

<2> *O'Connell v. Hay*, High Court, Dunedin (4 February 1983) (A.48/82). Cook J.

<3> "There seems no reason why expenditure incurred prior to the signing of the contract which is of a type which would normally be incurred as part of the process leading to the formalisation of the

bargain and, as such, could be contemplated by the other party, should not be recoverable".

Судебная практика США с самого начала более враждебно относилась к взысканию преддоговорных расходов в качестве доверительных убытков в случае нарушения договора. Например, еще в XIX в. во взыскании таких расходов было отказано решениями суда от 1834 г. (дело *Stevens v. Lyford* <1>) и от 1850 г. (дело *Durkee v. Mott* <2>). Впоследствии решением 1873 г. по делу *Hening v. Punnett* <3> суд позволил истцу взыскать преддоговорные расходы, хотя какая-либо мотивировка такой позиции суда в тексте судебного акта отсутствовала. Впоследствии возможность взыскания произведенных на преддоговорной стадии расходов, которые вследствие нарушения договора оказались напрасными, была вновь отвергнута в решениях по делам *Steers v. Laird* (1897) <4>, *Empire Realty Corp. v. Sayre* (1905) <5> и еще в решениях по ряду дел, датированных 1906 - 1932 гг. <6>

<1> *Stevens v. Lyford*, 7 N.H. 360 (1834).

<2> *Durkee v. Mott*, 8 Barb. 422 (N.Y. App. Div. 1850).

<3> *Hening v. Punnett*, 4 Daly 543 (N.Y. Sup. Ct. 1873).

<4> *Steers v. Laird*, 23 N.Y.S. 158 (Sup. Ct. 1893).

<5> *Empire Realty Corp. v. Sayre*, 107 A.D. 415 (N.Y. App. Div. 1905).

<6> *Crespi G.S. Op. cit.* P. 55 - 56.

1932 год стал важным моментом для практики американских судов в вопросе возмещения преддоговорных расходов в связи с позицией, высказанной по делу *Security Stove & Manufacturing Corporation v. American Railway Express Co.* <1>. Истцом по делу выступал производитель специально разработанной им нефтегазовой печи, которую он собирался представить на выставке, приуроченной к проведению конференции промышленников и предпринимателей в Атлантик-Сити, ответчиком - железнодорожная компания, которая обязалась доставить печь на выставку к назначенному сроку. Истец арендовал выставочный стенд, организовал своевременную отправку оборудования, заключив договор перевозки с ответчиком, предупредив последнего, что груз отправляется на выставку и должен быть доставлен в место назначения строго к конкретной дате. Однако одна из важных составных частей печи была доставлена с нарушением срока, ввиду чего демонстрация истцом его изобретения на выставке оказалась невозможной. Понимая, что определить размер позитивного интереса невозможно, поскольку нельзя было точно установить, какую именно экономическую выгоду мог впоследствии извлечь истец, если бы ответчик надлежащим образом исполнил свое обязательство и доставил печь в срок, истец обратился в суд с требованием о взыскании убытков в виде затрат на аренду выставочного стенда, расходов на проезд коммерческого директора предприятия и одного работника, а также платы за проживание в отеле, поскольку эти расходы оказались напрасными ввиду нарушения договора ответчиком <2>. Суд взыскал с ответчика всю заявленную истцом сумму расходов в качестве убытков за нарушение договора. Важным моментом, отмеченным судом в этом деле, является то, что ответчик при заключении договора перевозки был осведомлен о целях доставки груза (выставка на конференции) и о возможных связанных с выставкой расходах, в связи с чем такие расходы подлежали возмещению независимо от того, что они были произведены до заключения договора <3>.

<1> *Security Stove & Manufacturing Corporation v. American Railway Express Co.*, 51 S.W.2d 572 (Mo. Ct. App. 1932) (далее - *Security Stove*).

<2> Leonhard M. Op. cit. S. 678 - 679.

<3> Crespi G.S. Op. cit. P. 57.

Таким образом, в деле Security Stove судом была в целом поддержана позиция о допустимости взыскания преддоговорных расходов в качестве убытков в ситуации, когда при заключении договора было очевидно и разумно ожидаемо (reasonable contemplation) для обеих сторон, что в случае нарушения договора расходы, понесенные кредитором на преддоговорной стадии, окажутся бесполезными. Такой вывод аналогичен позиции, высказанной английским судом по делу Anglia Television Ltd. v. Reed.

Вместе с тем дело Security Stove не изменило кардинально практику американских судов, которая продолжила идти параллельно двумя различными путями. В том же 1932 г. решением по делу Chicago Coliseum Club v. Dempsey <1> во взыскании преддоговорных расходов было отказано. Неудача в возмещении затрат, произведенных до заключения договора, также постигла истца в деле Gruber v. S-M News Co. (1954) <2>, в котором истцу удалось взыскать расходы на производство большой партии рождественских открыток, изготовленных по заказу одного крупного предприятия, впоследствии отказавшегося от договора. Однако в удовлетворении взыскания затрат на изготовление печатной формы (типографского стереотипа), необходимой для печати открыток, было отказано, поскольку печатная форма была изготовлена еще до заключения договора. Дела Hough v. Jay-Dee Realty & Investment, Inc. (1966) <3>, Manning v. Pounds (1963) <4> и Cacavas v. Zack (1972) <5> также были отказными <6>.

<1> Chicago Coliseum Club v. Dempsey, 265 Ill. App. 542 (1932).

<2> Gruber v. S-M News Co., 126 F. Supp. 442 (S.D.N.Y. 1954).

<3> Hough v. Jay-Dee Realty & Investment, Inc., 401 S.W.2d 545 (Mo. Ct. App. 1966).

<4> Manning v. Pounds, 199 A.2d 188 (Conn. App. Ct. 1963).

<5> Cacavas v. Zack, 203 N.W.2d 913 (Mich. Ct. App. 1972).

<6> Crespi G.S. Op. cit. P. 58 - 60.

В то же время решением по делу French v. Nabob Silver-Lead Co. (1960) <1> была поддержана позиция о возможности взыскания в составе убытков напрасно произведенных преддоговорных расходов, высказанная в деле Security Stove, от которой, однако, тот же суд (Idaho Supreme Court) впоследствии отказался, вынося решение по делу Brown v. Yacht Club of Coeur D'Alene, Ltd. (1986) <2>.

<1> French v. Nabob Silver-Lead Co., 350 P.2d 206 (Idaho 1960).

<2> Brown v. Yacht Club of Coeur D'Alene, Ltd., 722 P.2d 1062 (Idaho 1986). Подробнее см.: Crespi G.S. Op. cit. P. 60 - 61.

В деле Norton & Lamphere Construction Co. v. Blow & Cote, Inc. (1962) <1>, хотя и было отказано во взыскании преддоговорных расходов, но только лишь по той причине, что в момент заключения договора для должника не было очевидным то обстоятельство, что в случае нарушения договора и именно в связи с таким нарушением расходы, понесенные кредитором до заключения договора, окажутся напрасными. Таким образом, в деле Norton поддержана позиция о том, что преддоговорные затраты кредитора подлежат компенсации, только если наступление

состояния бесполезности таких расходов в случае нарушения договора было очевидно и разумно ожидаемо для обеих сторон договора в момент его заключения. Возможность взыскания преддоговорных убытков при "разумном ожидании" их возникновения в случае нарушения договора подтверждена также в решении по делу *Coastland Corp. v. Third National Mortgage Co.* (1979) <2>.

<1> *Norton & Lamphere Construction Co. v. Blow & Cote, Inc.*, 183 A.2d 230 (Vt. 1962) (далее - Norton).

<2> *Coastland Corp. v. Third National Mortgage Co.*? 611 F.2d 969, 979 (4th Cir. 1979).
Подробнее см.: Crespi G.S. Op. cit. P. 61 - 62.

Таким образом, существует ряд прецедентных дел США, берущих свое начало в XIX в., в которых суд поддерживает позицию о том, что доконтрактные расходы не могут быть компенсированы в качестве элемента возмещения негативного интереса (reliance interest) в случае нарушения договора. Вместе с тем существует также вторая, более поздняя, однако также уходящая корнями в XIX в., позиция, отраженная в целой серии дел, но, по сути, берущая свое начало в судебном решении 1932 г., которая представляет противоположную точку зрения о том, что преддоговорные расходы при определенных обстоятельствах могут быть возмещены.

Немецкая доктрина также придерживается позиции допустимости возмещения преддоговорных расходов в случае выявления напрасности таких расходов, вызванной нарушением договора. Отмечается, что если переговоры по поводу заключения договора продвинулись настолько, что кредитор может уже считать заключение договора само собой разумеющимся событием, то равным образом "доверие к исполнению сделки" с этого момента заслуживает защиты <1>. Существенным для целей допущения компенсации расходов, произведенных впустую, является не момент заключения договора, а **момент осознания кредитором необходимости произвести расходы**, связанные со сделкой, в том числе с будущим договором (еще не заключенным, но уже практически окончательно согласованным), чтобы такие расходы способствовали совершению сделки, получению и использованию предоставления по договору <2>.

<1> Stoppel J. Op. cit. S. 96.

<2> Leonhard M. Op. cit. S. 686.

Отсюда следует, что возмещению подлежат не только расходы, понесенные после заключения договора в ходе его исполнения и реализации, но и преддоговорные затраты по сделке в случае, когда к осуществлению таких расходов побуждает сам должник, либо когда заблаговременное (преддоговорное) несение таких затрат обусловлено объективной необходимостью, поскольку такие расходы в принципе могут быть понесены только до или в процессе заключения договора (например, получение предварительного согласования сделки государственными структурами, нотариальное удостоверение конкретных видов сделок, требуемое в соответствии с законом, и др.).

Автор настоящей статьи также находит верным подход, согласно которому признается возможность взыскания в рамках возмещения негативного интереса как затрат, понесенных в ходе реализации договора, так и преддоговорных затрат, а возможность компенсации сопутствующих договору расходов ставится в зависимость не от момента их несения, а от соблюдения критерия "разумного ожидания" (reasonable contemplation), когда в момент заключения договора разумной перспективой для сторон договора является то, что уже

понесенные (преддоговорные) расходы в случае нарушения договора, скорее всего, окажутся потраченными впустую. Более того, учитывая современные правовые реалии, когда в различных правовых порядках (включая п. 3 ст. 434.1 ГК РФ) допускается возмещение преддоговорных убытков даже в случае незаключения договора (преддоговорная ответственность), тем более является справедливым и логичным допускать возмещение преддоговорных убытков в ситуации, когда договор заключен, но в итоге нарушен должником и повлек бесполезность произведенных затрат, ставшую убыточной для кредитора.

Затрагивая проблему значения момента осуществления расходов для цели компенсации напрасно произведенных расходов, хотелось бы также отметить, что важен не только момент начала несения таких расходов, но и момент, когда осуществление затрат заканчивается, точнее говоря, **должно** быть окончено, для того чтобы считать такие расходы подлежащими взысканию в качестве убытков.

Поскольку для кредитора возможность взыскать напрасно произведенные расходы непосредственно связана с фактом нарушения договора должником, исключается возможность взыскания напрасно понесенных расходов, связанных с исполнением договора, которые были произведены уже после того, как договор нарушен либо на фоне намечающегося нарушения договора, когда у должника имеются существенные затруднения в исполнении договора и кредитору становится очевидным, что договор не будет исполнен, хотя формально нарушение еще не состоялось. Например, по договору аренды предоставлены помещения под ресторан, арендатор начал работы по ремонту помещений, однако арендодатель нарушил договор, в результате чего пользование помещениями стало для арендатора невозможным. Арендатор в этом случае может потребовать возмещения в качестве убытков только тех расходов на ремонт, которые произведены до момента нарушения договора. Если же кредитор продолжает осуществлять траты на ремонт уже после нарушения договора либо после того, как должник ясно дал понять, что для исполнения договора имеются препятствия, риски бесполезности таких расходов не должны перекладываться на должника.

Вместе с тем наличие затруднений в исполнении договора не всегда означает, что договор не будет исполнен, в некоторых случаях у кредитора в зависимости от обстоятельств может сохраняться надежда, что затруднения будут устранены, ввиду чего кредитор будет продолжать осуществлять затраты, надеясь на лучшее. Представляется, что в такой ситуации (если все-таки впоследствии препятствия к исполнению договора не отпадут и договор будет окончательно расстроен) допустимо взыскать напрасно произведенные расходы за тот период, когда у кредитора оставались объективные основания полагать, что договорные обязательства все-таки будут исполнены, и он разумно надеялся на это. Однако временной период такой "разумной надежды на санацию" не может длиться долго, поскольку чем дольше продолжают существовать, казалось бы, временные обстоятельства невозможности исполнения, тем очевиднее становится окончательная невозможность исполнения договора, и тогда критерий "разумности выжидания" отпадает, поэтому кредитор своевременно должен отказаться от осуществления расходов либо сам нести соответствующие риски. Так, например, в США по делу *Dialist Co. v. Pulford* (1979) <1> суд взыскал произведенные кредитором расходы только за краткосрочный период, в который фактические обстоятельства дела выглядели так, как будто сложности с исполнением договора будут устранены.

<1> *Dialist Co. v. Pulford*, 42 Md. App. 173, 399 A.2d 1374 (1979).

2. Объем и пределы компенсации напрасно произведенных расходов

Убытками по смыслу доктрины негативного интереса являются добровольно понесенные имущественные потери: как имущественные затраты, так и затраты в виде возникновения у

кредитора обязательств <1>. Однако не всегда и не любое добровольное уменьшение кредитором состава своего имущества будет подлежать компенсации. Рассмотрим далее, какими критериями ограничивается объем убытков, возмещаемых как негативный (доверительный) интерес.

<1> Leonhard M. Op. cit. S. 672 - 675.

2.1. Ограничение по объективным критериям

Судебная практика немецких судов ограничивает объем подлежащих возмещению расходов по объективному критерию <1> в зависимости от того, насколько эти расходы сопряжены с основной целью договора - обменом сторонами встречными предоставлениями. Дифференциация конкретных расходов по этому критерию происходит в зависимости от того, какие расходы необходимы для **получения** предмета исполнения по договору (Erlangung), а какие нацелены на **использование** предмета исполнения (Erbringung, Verwendung).

<1> Например, когда кредитор приобретает товар для перепродажи и заключает договор купли-продажи этого товара (еще не имеющегося у кредитора) с третьим лицом, разумно ожидая, что договор на первоначальную поставку этого товара, заключенный с должником, будет исполнен. Ввиду неисполнения первого договора поставки сорвется и исполнение договора перепродажи. Следовательно, у кредитора, по сути, возникает убыток в виде обязательств перед третьим лицом, которые он не может исполнить, и он вынужден будет также в свою очередь возместить третьему лицу убытки. Убыток в виде обязанности возместить убытки.

Такое целевое разграничение расходов и, соответственно, анализ их компенсируемости в зависимости от типа расходов нашли свое отражение в решении Федерального Верховного суда Германии 1991 г. <1> Спор касался договора купли-продажи земельного участка. Продавец заверил покупателя, что земельный участок можно будет использовать для организации дискотеки (клуба). Покупатель приобрел весь необходимый для дискотеки инвентарь у прежнего арендатора земельного участка, однако, несмотря на заверения продавца, покупатель не смог организовывать проведение дискотек на купленном земельном участке из-за невозможности доказать наличие достаточного количества парковочных мест. Поскольку рассчитать и доказать упущенную выгоду для покупателя было затруднительным, он обратился в суд с требованием взыскать с продавца произведенные в ожидании исполнения договора расходы, в особенности расходы на приобретение всего необходимого для организации дискотеки в размере 360 000 немецких марок.

<1> BGH, 19.04.1991 - V ZR 22/90.

Суд, разрешая вопрос о взыскании произведенных затрат, произвел отграничение расходов, компенсируемость которых вытекает из соблюдения критерия предполагаемой окупаемости расходов (Rentabilitätsvermutung), от расходов, окупаемость которых по итогам исполнения договора необходимо установить и доказать.

К первому типу, по мнению суда, относятся расходы на получение предмета исполнения по договору (Erlangung), среди которых можно назвать расходы на нотариальное удостоверение сделки, расходы на регистрацию перехода права собственности на объект недвижимости, а также расходы, непосредственно связанные с обменом сторонами встречными предоставлениями, а именно: расходы на инженерно-геодезические изыскания и топографическую съемку, расходы по

уплате земельного налога и затраты на страхование от пожара. В отношении таких расходов предполагается, что они окупятся при надлежащем исполнении договора.

Ко второму типу расходов принадлежат расходы, связанные с заключением последующих договоров, к которым в рассматриваемом деле относились затраты на приобретение и переоборудование дискотеки, уплата основного долга и процентов за пользование перешедшей к покупателю пивоварней. Эти расходы, по мнению Федерального Верховного суда Германии, не подпадают под критерий предположения о рентабельности расходов (Rentabilitätsvermutung), поскольку приобретение и отделка клуба (дискотеки) находятся за пределами отношений по обмену сторонами встречными предоставлениями. Таким образом, расходам, непосредственно связанным с приобретением земельного участка, противопоставляется лишь юридически обеспеченная потенциальная возможность беспрепятственно использовать (без ограничений публичным правом) участок для организации клуба <1>.

<1> Leonhard M. Op. cit. S. 673.

Такое разграничение расходов по объективным критериям на расходы, связанные с **оформлением** договора (Vertragskosten), расходы, связанные с **исполнением** договора (Vertragsdurchführungskosten), и расходы по **использованию предоставления** по договору (Vertragsverwertungskosten), хотя преимущественно и нашло поддержку в немецкой юридической литературе, однако на практике не всегда оказывается возможным провести четкое разграничение <1>. Так, например, в другом известном немецком деле <2> арендодатель, сдав в аренду помещение под ресторан, пообещал арендатору, что в ресторане будут обедать до 800 участников учебных курсов, организуемых арендодателем. В связи с этим арендатор удвоил производительность ресторана, приобретает дополнительный инвентарь и наняв на работу второго повара. Однако ресторан арендатора посещали только 15 участников учебных курсов, в связи с чем затраты арендатора не окупались. Арендатору удалось взыскать с арендодателя, побудившего его к дополнительным расходам, затраты на инвентарь и второго повара. Очевидно, что расходы арендатора помещения под ресторан в данном случае тесно не связаны с обменом сторонами договора аренды встречными предоставлениями (передача помещения в аренду - оплата арендной платы), объективно такие расходы арендатора следует рассматривать как "чуждые договору аренды инвестиции", хотя и произведенные по рекомендации арендодателя <3>. Таким образом, в этом деле суду не удалось провести разграничение между расходами на получение исполнения (Erlangung) и расходами на использование предмета исполнения (Erbringung, Verwendung).

<1> Ibid. S. 686.

<2> BGH, 22.06.1977. VIII ZR 240/75.

<3> Leonhard M. Op. cit. S. 674.

Особенно сложно разграничивать виды расходов по вышеуказанным критериям в случаях, когда расходы объективно не сопряжены с обменом сторонами встречными предоставлениями по договору, однако осуществление таких расходов обязательно в соответствии с предписаниями норм публичного права. Например, в ситуации, когда в силу закона и требований охраны окружающей среды от вредного воздействия покупатель был вынужден оборудовать шумоизоляцию в связи с приобретением станочного оборудования, произвел соответствующие расходы, однако продавец не поставил станок или в нем обнаружились недостатки, препятствующие использованию станка. С одной стороны, такие расходы на противозумовое оборудование не связаны напрямую с исполнением договора купли-продажи, с другой стороны,

покупатель не мог избежать таких затрат, поскольку нарушил бы законодательство о защите труда и охране окружающей среды <1>.

<1> Leonhard M. Op. cit. S. 674.

Несправедливым также представляется отказ во взыскании расходов на размещение поставляемого оборудования, требующего специальных условий, в случае, когда оборудование не было поставлено, а заключение заменяющей сделки оказалось невозможным (например, в связи с тем, что оборудование изготавливается по персональным эскизам), хотя расходы по размещению оборудования покупателем в своих помещениях и не направлены непосредственно на получение исполнения. В связи с этим представляется обоснованным и верным решение Федерального Верховного суда Германии 1976 г. в аналогичном деле о взыскании расходов на размещение станка <1>.

<1> BGH, 25.09.1975 - VII ZR 179/73.

Таким образом, является трудно осуществимым на практике разграничение расходов по объективному критерию непосредственной или косвенной связи этих расходов с предусмотренным по договору обменом сторонами встречными предоставлениями, который был предложен немецкой доктриной. В итоге это приводит к тому, что при заключении договора для кредитора остается неопределенным, получит ли он компенсацию тех или иных расходов в случае нарушения должником договора, что порождает правовую неопределенность и незащищенность кредитора, вынужденного нести все риски недобросовестного поведения должника.

2.2. Ограничение по субъективным критериям

В судах англосаксонской системы права сложилась устоявшаяся практика взыскания доверительных убытков (reliance damages) только в том случае, если расходы, ставшие напрасными ввиду нарушения договора, возникли в рамках ожидания сторон договора (within the contemplation of the parties), имевшегося в момент заключения договора, т.е. были разумно предвидимыми (foreseeable).

Договор содержит обязательства обеих сторон, выявляет, какие интересы кредитора должны быть удовлетворены исполнением договора, и тем самым проясняет объем возмещаемого вреда на случай нарушения договора. Если договор связан с возможными необычными последствиями для кредитора, он должен либо сам принять все меры предосторожности от возникновения таких последствий в случае нарушения договора, либо дать контрагенту разъяснения о возможных рисках возникновения вследствие нарушения договора чрезмерных, неожиданных убытков (последнее, однако, может повлечь увеличение цены договора либо вовсе отказ обязанной по сделке стороны от заключения договора). Следовательно, должник в случае нарушения договора должен возмещать не любые возможные затраты, которые кредитор осуществил в связи с имеющимися между ними договорными отношениями, а только те расходы, которые понесены в рамках защищенных договором интересов кредитора <1>.

<1> Leonhard M. Op. cit. S. 675.

В немецкой доктрине также встречаются отголоски доктрины "разумного ожидания (предвидения)". Так, в отношении одного из обсуждавшихся в предыдущем пункте типов

сопряженных с договором расходов - расходов, направленных на обеспечение использования предмета исполнения (Erbringung, Verwendung), высказывается позиция, что такие расходы при нарушении договора подлежат взысканию только в том случае, если планируемое кредитором использование полученного по договору предмета исполнения как минимум предусмотрено договором <1>.

<1> Stoppel J. Op. cit. S. 96.

Ограничение объема возмещаемых убытков критерием предвидимости <1> также предусмотрено Гражданским кодексом Франции (Art. 1150 Code Civil), ст. 74 Венской конвенции <2>, Art. 7.4.4 UPICC, Art. 9:503 PECL.

<1> Убытков в общем, а не только напрасно произведенных расходов в рамках компенсации негативного интереса.

<2> Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (CISG).

Презюмируется, что для должника, как правило, являются предвидимыми такие расходы кредитора, которые связаны непосредственно с исполнением (реализацией) договора и их осуществление является неизбежным. В этих случаях кредитор просто обязан произвести такие расходы в соответствии с договором или законом. Например, затраты на нотариальное удостоверение договора, расходы на получение исполнения (вывоз товара со склада и т.д.), плата за регистрацию перехода права на недвижимое имущество и др.

В отношении всех остальных расходов, которые в конечном счете не направлены на реализацию договора, а являются, по сути, вытекающим из договора последствием, предвидимость устанавливается в каждом конкретном случае отдельно в зависимости от обстоятельств и условий заключенного договора. В данном случае существенными для определения наличия критерия предвидимости убытков являются:

- 1) предусмотренные в договоре обязанности сторон и общее представление сторон договора о его целях;
- 2) обязательные публично-правовые предписания;
- 3) указания и рекомендации должника;
- 4) обычаи гражданско-правового оборота.

Например, в случае, когда приобретатель станка в ожидании его поставки осуществляет переоборудование (реконструкцию) цеха, а впоследствии продавец отказывается поставить товар, с последнего в пользу покупателя должны быть как минимум взысканы затраты на произведенные работы, если они были предвидимы для продавца либо в силу того, что он достоверно знал о проведении таких работ или разумно мог ожидать, что проведение таких работ по переоборудованию цеха в связи с приобретением станка объективно необходимо. Признаками предвидимости расходов в данном случае могут являться технические параметры и конструкция поставляемого станка, особенно если для его использования требуются специальные приспособления и устройства, либо инструкции продавца или производителя, содержащие особые условия по размещению и установке станка <1>.

<1> Leonhard M. Op. cit. S. 677 - 678.

Возвратимся к делу Security Stove (о несвоевременной транспортировке нефтегазовой печи на выставку), в котором суд удовлетворил требование о взыскании доверительных убытков в виде расходов на аренду выставочного стенда, который не был использован в связи с поздним исполнением обязательства перевозчика по доставке печи на выставку, а также иных напрасно осуществленных затрат. Касательно предвидимости расходов суд в решении высказал позицию о том, что хотя железнодорожная компания, поздно доставившая груз, не могла предвидеть, какое количество заказов и какой объем связанной с ними прибыли получил бы кредитор по итогам презентации своей печи на выставке, если бы она была доставлена вовремя, однако в любом случае для перевозчика, знающего о том, что печь отправляется на выставку, было предвидимым, что производитель печи имел обоснованные ожидания получить на этой выставке заказы на производство печи (хотя бы несколько заказов) и в связи с этим произвел необходимые расходы, которые являлись объективно разумными как в соотношении с ценой договора, заключенного с перевозчиком, так и с учетом обычаев делового оборота <1>.

<1> Leonhard M. Op. cit. S. 679.

III. ДОПУСТИМОСТЬ КОМПЕНСАЦИИ УПУЩЕННЫХ ВОЗМОЖНОСТЕЙ В СОСТАВЕ УБЫТКОВ ОТ ДОВЕРИЯ К ИСПОЛНЕНИЮ СДЕЛКИ

В рамках компенсации позитивного интереса в том числе подлежит возмещению упущенная в результате нарушения договора выгода, которую кредитор извлек бы за счет полученного от должника исполнения, если бы договор был надлежащим образом исполнен. Предполагается, что при компенсации негативного интереса, когда пострадавшая сторона помещается в позицию, в которой она оказалась бы, если бы договор вовсе не был заключен, можно утверждать, что в момент заключения договора ныне пострадавший кредитор имел возможность заключать другие подобные сделки и извлечь прибыль из договора, заключенного с иным лицом.

В связи с этим возникает следующий вопрос: поскольку нарушение лишает пострадавшую сторону возможности заключить альтернативную сделку и извлечь из нее прибыль, возможно ли, чтобы в составе негативного интереса потерпевший кредитор получил компенсацию за упущенную возможность и упущенную выгоду?

Предположим, что если бы потерпевшая сторона заключила на конкурентном рынке альтернативный контракт с третьим лицом, то такой контракт принес бы ту же прибыль, которую потерпевший ожидал получить от нарушенного договора при его заключении.

Здесь нужно уточнить два момента.

Во-первых, нужно различать потерю возможности заключить сделку ("упущенная возможность", англ. - loss of foregone opportunities) и потерю прибыли ("упущенная выгода", англ. - loss of profit). Понятие "упущенная возможность", вероятно, лучше всего описывается как потеря "шанса" на получение прибыли от другой сделки, в то время как "упущенная выгода" - это потеря непосредственно самой прибыли <1>. Нельзя гарантировать, что, заключив альтернативный договор с третьим лицом вместо нынешнего (нарушенного) договора, кредитор извлек бы прибыль, а даже если бы и извлек, то истцу пришлось бы доказывать размер такой прибыли, т.е. доказывать, что при заключении альтернативной сделки вместо договора, заключенного с нарушителем, с разумной степенью достоверности была бы получена прибыль именно в таком размере, в каком указывает истец (аналогично доказыванию, необходимому для возмещения упущенной выгоды при компенсации позитивного интереса). Представляется, что при допустимости возмещения упущенной выгоды в рамках негативного интереса кредитор столкнется с теми же проблемами, что и при возмещении упущенной выгоды в рамках

позитивного интереса.

<1> Saidov D. Op. cit. P. 31.

Л. Фуллер и У. Пердью в своей статье о доверительном интересе говорили о том, что "чистый" доверительный интерес, защита которого в идеале должна осуществляться компенсацией убытков, по их мнению, включает возмещение как напрасно произведенных затрат, так и стоимости упущенных возможностей (выгоды), однако отмечали, что доказывание таких упущенных возможностей на практике весьма затруднительно <1>.

<1> Fuller L.L., Perdue W.R. Jr. Op. cit. P. 55, 60 - 61.

Кроме того, допуская возмещение упущенной выгоды в рамках негативного интереса, мы получим ситуацию, когда потерпевший кредитор ставится не в такую позицию, как если бы договора вовсе не было, а в положение, как если бы был исполнен другой договор, что представляется недопустимым и противоречащим принципу предвидимости убытков.

В свою очередь, возмещение в рамках негативного интереса убытков от "упущенной возможности" предполагает только компенсацию потери возможности заключить альтернативную сделку, но не включает компенсацию потери прибыли от такой сделки.

Во-вторых, даже если бы потеря упущенной возможности и означала бы потерю прибыли от альтернативной сделки, редко "альтернативная потерянная прибыль" была бы такой же, как прибыль, потерянная по нарушенному контракту: если нет совершенного рынка, нельзя сказать, что, заключая договор с должником, кредитор отказался от возможности добиться **того же** выигрыша в контракте с кем-то другим <1>.

<1> Saidov D. Op. cit. P. 31.

Если же исходить из того, что "альтернативная потерянная прибыль" будет выше, то в таком случае возникнет риск сверхкомпенсации потерь кредитора в случае, когда возмещение напрасно произведенных расходов по нарушенной сделке в сумме с упущенной выгодой от альтернативного контракта превысит размер той компенсации, которую пострадавший кредитор получил бы, если бы решил возмещать позитивный интерес.

Таким образом, потеря прибыли ("упущенная выгода") и потеря возможности получить прибыль ("упущенная возможность") не являются идентичными категориями.

Разница также состоит в том, что убытки в случае с упущенной возможностью, вероятно, будут ниже убытков от упущенной выгоды, поскольку компенсация присуждается за возможность получить прибыль, а не за саму упущенную прибыль.

Представляется, что в рамках возмещения негативного интереса, если и допускать компенсацию иных (помимо напрасно произведенных потерь) убытков, то позволительно возмещать только убытки от упущенной возможности заключить альтернативную сделку, но не упущенную прибыль от такой альтернативной сделки.

Вместе с тем если все же допустить включение в состав возмещаемого негативного интереса убытки от упущенной возможности заключить альтернативную сделку вместо нарушенного договора, то возникает вопрос, как определить цену такого упущения возможности заключить

сделку. Как определить денежный эквивалент "утраты шанса"? Какую сумму может потребовать кредитор?

Рассмотрим следующие гипотетические ситуации. У кредитора в момент заключения договора с должником было три альтернативно возможных аналогичных сделок с третьими лицами, с практически идентичными условиями, но с разной ценой сделки: (1) с ценой более высокой, (2) по той же цене, (3) с ценой более низкой.

Получается, что в первом случае кредитор упустил возможность заключить менее выгодную сделку, ввиду чего можно сказать, что упущенная возможность не создает убыточности для кредитора. Конечно, возможно, кредитор предпочел бы заплатить больше, но гарантированно получить исполнение, чем иметь в конечном счете более выгодный по условиям, но не исполненный договор. Однако более высокая цена договора, естественно, не гарантирует добросовестность должника и исполнение альтернативного договора.

Во второй ситуации предполагается, что альтернативно возможная сделка была абсолютно идентична нарушенному договору. Следовательно, размер убытков равен утрате шанса на заключение сделки как такового (шанс заключить альтернативную сделку утрачен в связи с истечением определенного периода времени с момента появления оферты по альтернативному договору до момента нарушения заключенного договора). Сколько стоит этот шанс? Возможный способ определить убыток в рассматриваемом случае - применить абстрактный метод расчета убытков, сопоставив предложенную ранее цену альтернативной сделки и текущие цены на аналогичные товары/услуги на рынке. Но это возможно, если имеется соответствующий рынок и товар или услуга не являются эксклюзивными. А как быть, если такого рынка нет? Как оценить стоимость "шанса"? И чем применение абстрактного метода расчета убытков в составе возмещения негативного интереса будет отличаться от компенсации убытков при возмещении позитивного интереса путем взыскания абстрактных убытков?

В последней из предложенных ситуаций кредитор отказался от более выгодной сделки в пользу более дорогого договора, который в итоге был нарушен. Справедливо ли рассчитывать в данном случае убыток от упущенной возможности на основании разницы цен нарушенного договора и альтернативно возможного договора? Ведь кредитор сам предпочел выбрать более затратный договор. Разве должен не исполнивший свой договор должник нести ответственность за выбор кредитора в его пользу в ситуации, когда у кредитора были на руках более выгодные условия, но он по какой-то причине от них отказался? Если нет, то снова встает вопрос, как рассчитать размер убытков.

Размер убытков за утрату шанса в контексте негативного интереса носит во многом оценочный характер, и вероятность их взыскания невелика.

В немецкой доктрине в отношении недавно появившейся нормы о допустимости взыскания в качестве убытков напрасно произведенных расходов (§ 284 BGB) высказывается позиция о том, что в составе таких убытков не взыскивается ущерб, возникший в связи с отказом кредитора от прибыльного договора, поскольку такой отказ не приводит к "оттоку имущества", и такой ущерб может быть в крайнем случае компенсирован как упущенная выгода на основании § 254 BGB. Однако отмечается, что в рамках исчисления убытков в соответствии с правилами § 284 BGB нормы § 254 BGB об упущенной выгоде неприменимы <1>. Связано это с тем, что, как уже упоминалось выше, возмещение напрасно произведенных расходов - это лишь проявление позитивного интереса, один из способов расчета убытков, компенсирующих позитивный интерес, позволяющий определить размер убытков там, где рассчитать упущенную выгоду невозможно. Таким образом, в Германии в случае нарушения договора кредитор может взыскать с должника либо только напрасно произведенные расходы, либо упущенную выгоду.

<1> Stoppel J. Op. cit. S. 91.

Представляется, что в англосаксонской системе права сегодня весьма вероятно, что возмещение доверительных убытков (reliance damages) также сводится к компенсации только напрасно произведенных затрат и не допускает возмещение одновременно с этим упущенных возможностей (выгоды), учитывая взгляды современной доктрины, отвергающей существование самостоятельного доверительного интереса (reliance interest) в возмещении убытков, ставящего потерпевшего кредитора в позицию, как если бы нарушенный договор не был заключен (раздел I настоящей статьи), а также ранее упомянутую судебную практику <1>, поддерживающую такие взгляды.

<1> Omak Maritime Ltd. v. Mamola Challenger Shipping Co. & Ors (2010) EWHC 2026 (Comm) (04 August 2010); Commonwealth of Australia v. Amann Aviation Pty Ltd. (1991) 174 CLR 64, 85.

В российском законодательстве возможность возместить убытки в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом напрямую предусмотрена для преддоговорной ответственности в случае, когда одна из сторон ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно (п. 3 ст. 431.1 ГК РФ). Остается под вопросом, возможно ли распространить эту норму на ситуации, когда договор все же заключен, но впоследствии был нарушен и у кредитора нет возможности компенсировать позитивный интерес (особенно, когда должник практически сразу после заключения договора отказывается от его исполнения, ввиду чего тот факт, что должник все же заключил договор, а не отказался от его заключения, не играет роли).

Примечательно, что изложенное ранее в указанном п. 3 ст. 431.1 ГК РФ касалось ситуации, когда кредитором упущена некая гипотетическая возможность заключить потенциальную альтернативную сделку. А как быть в ситуации, когда в преддверии договора с целью его исполнения кредитор отказался от своих предыдущих договорных отношений, рассчитывая на будущий контракт, однако после заключения договора последний был нарушен и напрасными оказались не только понесенные кредитором расходы, но и отказ от существовавших у кредитора отношений с третьими лицами был напрасным. Возможно ли в данном случае взыскать упущенную выгоду в виде не полученного по расторгнутым договорам исполнения за период с момента расторжения таких договоров до момента нарушения договора, в пользу которого произошел отказ от прежних договорных отношений (т.е. за весь период доверия к сделке)?

Интересным в этом контексте является дело Dialist v. Pulford (1979), в котором истец приобрел исключительные права на распространение продукции ответчика. В связи с заключением такого договора истец был вынужден уволиться с прежнего места работы. Однако впоследствии выяснилось, что истец на самом деле не является единственным дистрибьютором. Примечательно, что в рассматриваемом деле истцу удалось взыскать не только расходы, произведенные с целью реализации условий договора (затраты на оборудование бюро, включая подведение телефонного кабеля, расходы на рекламу), но и компенсировать упущенную выгоду в размере заработной платы по прежнему месту работы за два месяца (до момента, пока истец не нашел новую работу). Несмотря на то что по общему правилу возмещение негативного интереса предполагает компенсацию только напрасно произведенных расходов и не предусматривает компенсацию неполученных доходов, в рассматриваемом деле суд все-таки присудил сумму неполученного дохода, объяснив это тем, что для должника увольнение кредитора с прежней работы было не просто предвидимым, а, более того, являлось необходимым условием исполнения договора <1>.

<1> Leonhard M. Op. cit. S. 668.

Таким образом, суд взыскал упущенную выгоду, вызванную нарушением договора при наличии доверия к сделке, в виде неполученного (утраченного) дохода кредитора, который он наверняка бы получил, не расторгнув прежний договор в пользу будущей (нарушенной впоследствии) сделки.

Автор настоящей статьи согласен с такой позицией суда и в целом с допустимостью взыскания упущенной выгоды в аналогичных ситуациях, когда упущенная выгода в результате нарушения сделки возникает из-за разрыва предшествующих нарушенной сделке гражданско-правовых отношений кредитора с третьими лицами (отношений, реально существовавших, а не гипотетически возможных). В таких случаях как минимум облегчено доказывание наличия упущенной выгоды и расчет ее размера.

Еще один пример (ООО "Декорт" к ООО "АШАН", N А41-90214/2016 <1>) хотя и касается преддоговорной ответственности, когда договор в итоге не был заключен в связи с недобросовестным прекращением переговоров одним из контрагентов, однако, по мнению автора, изложенная в этом деле позиция может быть полезной и для ситуаций, рассматриваемых в настоящей статье, когда договор заключен, но впоследствии нарушен должником. В решении по указанному делу, оставленному без изменения вышестоящими судами, суд первой инстанции указал следующее: "В обоснование требований о взыскании убытков в виде упущенной выгоды истец указал, что если бы он не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом - ответчиком, то получил бы доходы в сумме 15 665 814,80 руб. от сдачи в аренду помещений площадью 6 515,5 кв. м прежним арендаторам по ставке арендной платы, равной 2 610 969,14 руб. в месяц за период с 31 марта 2016 г. по 1 октября 2016 г. Суд приходит к выводу, что истец представил доказательства наличия у него убытков в виде упущенной выгоды, обосновал с разумной степенью достоверности их размер и причинную связь между недобросовестными действиями истца при ведении переговоров и названными убытками <...>. В период переговоров с 22 января 2016 г. по 12 августа 2016 г. истец, руководствуясь серьезностью намерений ответчика в заключении с ним договора аренды, предпринимал меры и приготовления для получения выгоды в виде подготовки склада под заявленные ответчиком технические требования <2>, освободил склад с 1 апреля 2016 г. для целей подготовки его к сдаче в аренду ответчику от прежних арендаторов - ООО "ПК "Балтика", ООО "Оптимум Логистик", ООО "ДЕКО", ООО "Форт" путем расторжения с ними договора аренды от 31 декабря 2015 г. <...> Выполняемые истцом подготовительные мероприятия к предстоящему заключению между истцом и ответчиком договора аренды были неразрывно связаны с ходом переговоров, а потому понесенные истцом убытки в виде неполученных доходов от прежних арендаторов в период с 31 марта 2016 г. по 12 августа 2016 г. находятся в причинной связи с недобросовестным поведением истца по ведению переговоров".

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Московского округа от 29.11.2017 N Ф05-16349/2017 по делу N А41-90214/2016.

<2> Учитывая произведенные истцом по данному делу действия, истец мог потребовать возмещения не только упущенной выгоды, но и напрасно произведенных расходов по подготовке склада под заявленные ответчиком технические требования (при наличии доказательств соответствующих затрат).

Автор настоящей статьи полагает, что именно в части доказывания и расчета упущенной выгоды при взыскании ее в составе негативного интереса вышеизложенная позиция суда применима также к ситуациям, связанным с неисполнением должником уже заключенного договора.

IV. РИСКИ НЕДОКОМПЕНСАЦИИ И СВЕРХКОМПЕНСАЦИИ ПОТЕРЬ

ПРИ ВОЗМЕЩЕНИИ НЕГАТИВНОГО ИНТЕРЕСА

Одним из фундаментальных принципов возмещения убытков при нарушении договора является недопущение ситуации, когда в результате нарушения договора любая из сторон договора окажется в более выгодном положении, нежели в случае его надлежащего исполнения. Отсюда возникают две проблемы.

Первая проблема - недокомпенсация потерь (проблема, присущая в целом институту возмещения убытков).

С одной стороны, использование компенсации негативного интереса в качестве альтернативного способа расчета убытков от нарушения сделки позволяет кредитору покрыть потери даже в случаях, когда невозможно достоверно рассчитать размер позитивного интереса, что, несомненно, является преимуществом доктрины доверительных убытков (reliance damages).

С другой стороны, нужно учитывать оценочность критерия "доверие к сделке" и помнить обо всех вышеизложенных проблемах, связанных с допустимостью отнесения тех или иных убытков, возникших ввиду нарушения договора, в ожидании исполнения которого кредитор разумно нес расходы на исполнение, к убыткам от "доверия к сделке". В связи с этим создается риск, что кредитор не сможет компенсировать даже негативный интерес, если, например, не позаботится о том, чтобы отразить в договоре, что определенные доконтрактные расходы понесены именно в связи с исполнением заключаемого контракта, поэтому в случае неисполнения они окажутся бесполезными и повлекут убытки кредитора либо кредитор не сможет иным способом доказать, что затраты были произведены по указанию самого должника или что должник знал о них, либо что должник разумно предвидел несение таких расходов кредитором на преддоговорной стадии или в ходе исполнения договора.

Такие риски особенно высоки в реалиях сегодняшней отечественной судебной практики, которая наглядно отражает как существующие пробелы и недостатки в законодательном регулировании института возмещения убытков, так и проблемы применения судами существующих норм, требующих разрешения большей части дел об убытках по внутреннему убеждению суда, исходя из оценочных категорий и с применением критериев разумности и справедливости при определении размера взыскиваемых потерь.

Кроме того, нужно помнить о том, что в составе негативного интереса не всегда возможно взыскать суммы упущенной выгоды (утраченных возможностей), а если и возможно, то весьма затруднительно. Это приводит к тому, что кредитор вынужден довольствоваться взысканием только реального ущерба в объеме напрасно произведенных расходов, что само по себе свидетельствует о недокомпенсации реально понесенных потерь кредитора, связанных с нарушением договора.

Осознание всеми участниками гражданского оборота существования данных недостатков в возмещении негативного интереса порождает часто встречающуюся на практике проблему, когда должнику по договору, знающему о фактически понесенных кредитором расходах, проще и экономически выгоднее нарушить свое обязательство и не исполнять договор, возместив убытки в размере произведенных затрат, чем продолжать исполнение обязательства. Риск намеренного неисполнения договора с целью избежания обременительности его исполнения особенно высок в тех случаях, когда должник уверен либо из обстоятельств дела явно следует, что кредитор вряд ли сможет достоверно доказать свой позитивный интерес. Иногда даже при значительном размере понесенных кредитором расходов для должника все равно оказывается более выгодным решением нарушить договор. Например, у должника появился альтернативный приобретатель реализуемой им продукции, предлагающий более выгодные условия сделки, плата по которой покрывает в том числе и причиненные кредитору (первому приобретателю товара) убытки в размере понесенных кредитором затрат на исполнение и при этом должник все равно получит прибыль, реализовав товар новому покупателю.

Вторая проблема (пусть и менее вероятная или по крайней мере реже встречающаяся на практике) заключается в риске сверхкомпенсации потерь кредитора.

Компенсация негативного (доверительного) интереса базируется на следующем принципе: не допустить взыскание убытков в большем объеме, чем получил бы потерпевший кредитор, прибегнув к возмещению позитивного интереса.

Иногда возмещение напрасно произведенных расходов может поставить кредитора в более выгодное положение, чем то, в котором кредитор оказался бы, если бы договор был исполнен надлежащим образом. Такое возможно в случаях, когда запланированная сделка, если бы она была исполнена надлежащим образом, оказалась бы для кредитора экономически невыгодной и он не смог бы извлечь из нее прибыль. В такой ситуации можно сказать, что нарушение договора не вызывает убытки, а скорее спасает от дальнейших убытков <1>.

<1> Bowlay Logging Limited v. Domtar Ltd. [1978] 4 WWR 105; C & P Haulage v. Middleton (1983) 1 WLR 1461.

В такой ситуации при определении размера компенсации (в идеальном варианте) должны быть учтены негативные экономические последствия договора, тем самым возмещение убытков в рамках негативного интереса не должно перекладывать на должника чрезмерное бремя ответственности там, где речь идет о "неустойчивых" алеаторных договорах.

Поэтому разумно предоставлять должнику право ссылаться на то обстоятельство, что даже в случае надлежащего исполнения договора кредитор (ввиду убыточности этого договора) не извлек бы из него выгоду хотя бы в размере произведенных кредитором затрат в связи с исполнением договора. Вместе с тем зачастую должник окажется лишенным права на такое возражение в силу того, что невозможно доказать с достоверностью, как развивалась бы сделка, если бы она была надлежащим образом исполнена.

Цель взыскания негативного интереса - обеспечить альтернативный способ расчета убытков, когда кредитор не может с точностью рассчитать упущенную выгоду от неисполнения сделки и поэтому не может взыскать компенсацию позитивного интереса. Учитывая, что даже сам кредитор лишен возможности определить размер упущенной выгоды, очевидно, что должнику, которому также необходимо рассчитать размер упущенной выгоды, чтобы доказать чрезмерность компенсации негативного интереса должника, будет сделать это еще сложнее <1>.

<1> См., например: дело Mistletoe Express Service v. Locke (1988).

Таким образом, в случае с заведомо экономически убыточными для кредитора сделками проблема сверхкомпенсации потерь кредитора, прибегнувшего к возмещению негативного интереса, практически всегда останется неразрешенной.

Представляется, что сверхкомпенсация кредиторских потерь произойдет и в том случае, когда размер произведенных затрат в разы превысит стоимость не полученного в результате нарушения договора исполнения и даже превысит совокупную сумму цены не полученного предоставления по сделке и возможных, но не полученных от его использования выгод. Например, кредитор отправился на вертолете в соседний город (или даже в пределах одного города), чтобы забрать со склада товар, стоимость которого в сотни раз меньше стоимости перелета и который явно не требует такой транспортировки, однако оказалось, что поставщик не может исполнить договор. Очевидно, что полная компенсация расходов на перелет в такой ситуации повлечет необоснованную выгоду для кредитора.

Таким образом, хотя компенсация негативного, или доверительного, интереса (постановка потерпевшего в то имущественное положение, в котором он находился бы, если бы договора не было) в случае причинения убытков нарушением договора является достойной альтернативой взысканию позитивного интереса, поскольку позволяет кредитору иным способом рассчитать убытки в ситуации, когда невозможно достоверно доказать, какое имущественное состояние возникло бы у кредитора, если бы договор был исполнен, и, соответственно, невозможно компенсировать позитивный интерес, однако возмещение убытков на основании доктрины негативного, доверительного интереса не лишено недостатков и также не разрешает основную проблему института возмещения договорных убытков - проблему недокомпенсации потерь от нарушения, неисполнения обязательства. Вместе с тем представляется разумным и справедливым предусмотреть прямо в законодательстве или хотя бы как минимум допускать в судебной практике право участников гражданского оборота свободно выбирать, каким способом им определять размер своих убытков - через позитивный интерес (интерес ожиданий) или через негативный интерес (интерес доверия).

М.А. ПШЕНИЧНИКОВ

ИСКЛЮЧЕНИЯ ИЗ ПРИНЦИПА ВСТРЕЧНОСТИ ПРИ ЗАЧЕТЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Настоящая статья посвящена проблеме возможности исключений из принципа встречности в зачете. Автор описывает различные подходы, каждый из которых предлагает свое объяснение единого принципа, лежащего в основании принципа встречности. Все эти объяснения показаны как неудовлетворительные, со своими достоинствами и недостатками. В конце статьи автор также дает некоторую информацию об особенностях зачета между цессионарием и основным должником и сравнивает подход ВС РФ относительно этих особенностей и подходы, представленные в российской и европейской литературе.

Exceptions from the Principle of Mutuality in Set-Off

M.A. Pshenichnikov

The article deals with the problem of possibility of exceptions from the principle of mutuality in set-off. The author describes different points of view, each of them proposing its own explanation of the single principle underlying the principle of mutuality in set-off. All these explanations are demonstrated as unsatisfactory conceptions with their own advantages and drawbacks. In the end of the article the author also gives some information about peculiarities of set-off between the assignee and the principal debtor and compares the approach of the RF Supreme Court in relation to these features with the approaches in the Russian and European legal literature.

1. Результаты реформы гражданского законодательства

Масштабная реформа ГК РФ, помимо многих других важных для участников оборота вопросов, затронула и отдельные особенности регулирования такого способа прекращения обязательств, как зачет. Помимо появления в ГК РФ общего правила о возможности зачитывать встречные однородные требования с ненаступившим сроком исполнения в случаях, когда это предусмотрено законом, косвенно было затронуто регулирование зачета при уступке права требования. Так, в [ст. 386](#) ГК РФ, посвященной возражениям должника в случае уступки права требования, были внесены изменения, согласно которым должник вправе использовать возражения, основания для которых возникли у него до момента уступки. Встал вопрос о соотношении новой редакции [ст. 386](#) ГК РФ и оставшейся в прежнем виде [ст. 412](#) ГК РФ, которая предусматривала возможность для должника зачесть против уступленного требования свое требование к cedentu при условии, что требование, принадлежащее должнику, возникло по основанию, существовавшему к моменту получения должником уведомления об уступке требования, и срок требования наступил до его получения, либо этот срок не указан или

определен момент востребования. Если норма ст. 412 ГК РФ является частным случаем возражений должника при уступке права, то насколько справедливо сохранять в силе в прежнем виде дополнительное ограничение, установленное законом в виде особых правил о "созревании" такого требования? Реформа гражданского законодательства подтолкнула ВС РФ к даче разъяснений по этим важным для участников гражданского оборота вопросам.

В [Постановлении](#) Пленума ВС РФ от 21.12.2017 N 54 "О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки" был предложен фактически новый подход к толкованию [ст. 412](#) ГК РФ. Воспользовавшись предложением в виде реформы положений о цессии, ВС РФ в своем разъяснении установил, что допустимость зачета при уступке нужно понимать как частный случай допустимости заявления против цессионария возражений, основания для которых имелись у должника к моменту уведомления, а также изменил дополнительное условие для возможности зачета при уступке права, значительно расширив поле для возможных действий должника. Критерий наступления срока исполнения обязательства теперь не играет столь серьезной роли, на первый план выходит момент наступления основания для зачета. Согласно буквальному толкованию текста разъяснения если срок зачитываемого требования наступит после уведомления, то должник все равно сможет зачесть его против требования цессионария, но лишь тогда, когда наступит этот срок.

В качестве примера оснований возникновения требования Пленумом приводится пример обнаружения скрытых недостатков в проданной и переданной вещи или в результате принятых заказчиком работ.

Кроме того, [п. 23](#) Постановления также предусматривает еще одно исключение из принципа встречности при зачете обязательств - допускается возможность для должника, в случае последовательной уступки права между несколькими субъектами, использовать против последнего цессионария все возражения, которые имелись у должника к каждому из предыдущих цессионариев. Данная норма исходя из того соотношения понятий возражения при уступке и зачета, которое предложено ВС РФ, применяется и к зачету при наличии условий [ст. 412](#) ГК РФ.

Таким образом, своим толкованием ВС РФ изменил существующее положение вещей, добавив, по существу, несколько новых исключений из принципа встречности - возможность зачесть против цессионария любые требования, в том числе и не созревшие к моменту уведомления, основания для которых появились до момента уведомления должника, а также возможность зачесть основное требование <1> требованием должника к любому из цессионариев. Вероятно, такое решение укрепить позицию должника продиктовано принципом неухудшения положения должника в случае уступки, который признан как в российской доктрине <2>, так и в иностранных правовых системах <3>. Именно этот принцип, будучи одной из основ регулирования цессии, по сей день приводится в качестве объяснения исключения из принципа встречности при уступке права. Однако сам по себе он не дает объяснений, насколько широко должны защищаться интересы должника, и, более того, не является единственным обоснованием для допустимости исключения из принципа встречности при совершении зачета вообще.

<1> Здесь и далее - основное требование - требование к лицу, заявляющему о зачете, против которого заявляется зачет.

<2> Вавин Н.Г. Зачет обязательств. М., 1914. С. 12 - 20; Вошатко А.В. Зачет при уступке требования // Очерки по торговому праву. Ярославль, 2006. Вып. 13. С. 59 - 61; Павлов А.А. Позитивные предпосылки зачета: Сб. науч. ст. в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова / Отв. ред. П.А. Варул. Ярославль, 2011.

<3> Zimmermann R. Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription. Cambridge University Press, 2010. P. 46 - 47; Zimmermann R. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Mohr Siebeck, 2007.

Затронув вопрос о зачете при уступке права требования, ВС РФ коснулся и основополагающего для института зачета вопроса о границах принципа встречности требований, прекращающихся зачетом. Допустив посредством расширительного толкования некоторые новые основания для исключений из этого принципа, о которых ранее закон напрямую не высказывался, ВС РФ еще раз показал, что данный принцип не является строгим и возможен более свободный взгляд на некоторые его проявления.

Отдельным вопросом стало появление в п. 4 ст. 313 ГК РФ права у третьего лица зачесть основное обязательство в тех случаях, когда он может его исполнить в соответствии с законом. О возможных обоснованиях данного исключения пойдет речь далее.

Конечно, принцип встречности при совершении зачета не перестает быть важным для понимания особенностей применения этого института даже в том случае, если из него допускаются различные исключения. Однако каждое такое отдельное отступление, которое допускает правопорядок, ставит вопрос о том, насколько удачно принцип встречности обосновывает существо зачета. Возможно, что появление таких исключений свидетельствует о недостатках описания зачета через принцип встречности, и в таком случае доктрина должна предложить иные конструкции для более подходящего описания этого института.

К группе исключений, которые обсуждаются в отечественной и зарубежной литературе <1>, относятся также: зачет при исполнении обязательства третьим лицом, зачет при поручительстве, зачет при солидарных долгах и некоторые другие. Представляется, что в каждом из этих случаев отступление от принципа встречности было обосновано своим особым критерием, что позволяет каждый раз отдельно взвешивать два противоположных решения, где в первом зачет не допускается в силу его основополагающих принципов, а во втором допускается ввиду победы над классическим принципом каких-то иных интересов. Стоит сказать, что к исключениям в литературе нередко относятся критически, стараясь снизить их число до минимума <2>. Но чем же так важен и ценен принцип встречности и возможно ли найти какой-то единый критерий для того, чтобы определить, допустимо ли то или иное отступление от него? Возможно, в качестве общего принципа требуется иной, не предусматривающий такое количество разнообразных исключений, обоснованных разного рода критериями.

<1> Вавин Н.Г. Зачет обязательств. М., 1914. С. 12 - 20; Бевзенко Р.С., Фахретдинов Т.Р. [Зачет в гражданском праве](#): опыт исследования теоретической конструкции и обобщения судебной практики. М.: Статут, 2006; Kegel G. Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquiditat rechtsvergleichend dargestellt. Walter de Gruyter, 1938.

<2> Такова, например, позиция Н. Вавина. См.: Вавин Н.Г. Зачет обязательств. М., 1914. С. 15.

Чтобы ответить на эти вопросы, нужно разобраться с самим понятием принципа встречности, ознакомиться с каждым исключением из него и обратиться к уже имеющимся в западной доктрине попыткам обнаружения единого критерия для формирования перечня исключений. Утилитарная ценность такого исследования видится в решении стоящих перед правоприменительной практикой вопросов о допустимости зачета в каждой конкретной ситуации: когда суд может установить, что совершение зачета не нарушает интересы сторон и третьих лиц, и чьим интересам суд должен отдать предпочтение в случае их столкновения?

Данная работа является лишь кратким обзором отдельных существующих точек зрения на проблему и предлагает некоторые комментарии по указанным выше вопросам.

2. Встречность как предпосылка для зачетоспособности требований - обязательное условие?

Зачет в самом начале своего развития имел процессуальную природу и представлял собой возражение, которое заявлял ответчик в ответ на предъявленный иск <1>. Возражение всегда основывалось на требовании ответчика к истцу, что диктовалось логикой процесса. Однако на протяжении Средних веков и Нового времени отношение к природе зачета изменилось, он стал осмысляться как институт материального права, однако принцип встречности никуда не исчез и прочно вошел в конструкцию зачета, известную всем современным европейским гражданским кодексам <2>. Вне зависимости от того, каким образом наступает зачет - в силу одностороннего волеизъявления одной из сторон прекращающихся обязательств или в силу закона <3>, а также иных особенностей отдельных правопорядков, - все существующие кодексы формулируют зачет посредством указания на встречность зачитываемых требований и сопровождают эту его общепризнанную предпосылку перечнем исключений. Уже этот факт дает представление о влиянии этого принципа на описание исследуемой конструкции и о том, что говорить о зачете при отсутствии упоминаний о нем не представляется возможным, настолько сильно он оказался встроен в мышление европейских юристов.

<1> Zimmermann R. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Mohr Siebeck, 2007. S. 2182.

<2> 1241 Codice civile. 1438 ABGB, 1195 co'digo civil espanol, 6:127 Burgerlijk Wetboek и т.д.

<3> 387 BGB, 1290 Code civil.

Понятие принципа встречности примерно одинаково в ключевых континентальных правопорядках. Как правило, исследуемый принцип распадается на два взаимосвязанных тезиса: (1) зачет можно осуществить, только если между активной и пассивной сторонами существуют два обязательственных требования каждой из сторон друг к другу и (2) ни одно лицо не имеет права зачесть против требования, обращенного к нему, требованием, которое принадлежит иному лицу. Последнее на первый взгляд представляет собой продолжение принципа автономии воли, который запрещает, в частности, любое осуществление прав, принадлежащих другому лицу без его согласия. Однако принцип встречности в понимании некоторых авторов <1> идет дальше и запрещает любое осуществление зачета чужим правом, даже с согласия его обладателя.

<1> Крашенинников Е.А. Основные проблемы зачета // Очерки по торговому праву. Ярославль, 2009. Вып. 16. С. 7.

В контексте обсуждения принципа встречности также часто упоминается запрет на осуществление права зачета, которое принадлежит иному лицу <1>. Это правило также обосновывается лежащим в его основе принципом автономии воли.

<1> Крашенинников Е.А. Основные проблемы зачета // Очерки по торговому праву. Ярославль, 2009. Вып. 16. С. 8; Павлов А.А. Позитивные предпосылки зачета // Сб. науч. ст. в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова / Отв. ред. П.А. Варул. Ярославль, 2011.

3. Попытки единого обоснования исключений из принципа встречности в Германии. Обращение к вопросу о правовой

природе зачета

Определять, какие именно особенности регулирования свойственны данному институту, можно как исходя из догматических размышлений о его природе и принципах, лежащих в его основе, так и пытаясь учесть интересы отдельных субъектов, использующих этот институт.

Сначала попытаемся проследить за логикой в объяснении зачета, которую можно встретить в литературе на протяжении всей его истории. Возможно, отдельные концепции, разработанные представителями *ius naturalism* или пандектистики, помогут установить круг ситуаций, в которых допустим такой способ прекращения обязательств.

После осмысления конструкции зачета как института материального права в европейской цивилистике утвердились два взгляда на лежащую в основании зачета концептуальную логику <1>. Первый, свойственный в первую очередь французским ученым <2> и лежащий в основе кодификаций естественного права, склоняется к восприятию зачета как некоего суррогата платежа, наиболее легкого и наиболее приближенного к идеальному способу исполнения обязательств. Ж. Дома прямо писал, что "зачет есть не что иное, как два взаимных платежа, которые производятся одновременно" <3>, другие авторы называли зачет *ficta solutio*, который происходит по желанию кредитора или в силу закона. Этот взгляд на зачет свойствен тем, кто представляет себя на месте должника и видит удобство и пользу в этом институте исключительно или преимущественно для него. Действительно, в случае наступления требуемых условий должнику практически не требуется совершать каких-либо действий по исполнению обязательства. Особенно если учесть возникшую во французском праве в результате исторической ошибки <4> возможности автоматического зачета встречных однородных требований *ipso iure* <5>, такая логика представляется довольно точно отражающей природу института. Однако и в случае подхода к зачету как к эффекту, который производит односторонняя сделка, этот взгляд на природу зачета выглядит вполне органично. Аналогично, по утверждению Циммерманна <6>, рассуждали и немецкие пандектисты. Каждый раз, когда мы видим, что имеются предпосылки для зачета, необходимо включать этот механизм, чтобы облегчить участь должника, допустив такой "идеальный" с точки зрения приверженцев этого подхода способ платежа.

<1> Zimmermann R. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Mohr Siebeck, 2007. S. 2195 - 2212.

<2> Kegel G. Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquiditat rechtsvergleichend dargestellt. Walter de Gruyter, 1938. S. 51 - 59.

<3> Zimmermann R. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Mohr Siebeck, 2007. S. 2210.

<4> Включенное в текст закона правило о наступлении зачета в силу закона было основано на неправильном толковании фрагмента Дигест Юстиниана, в котором говорилось о зачете *ipso iure*. Потье высказал мнение, что данное словоупотребление предполагает, что погашение обоих обязательств наступает без учета воли на то обеих сторон. Однако такая трактовка противоречила иным фрагментам *Corpus Iuris Civilis*, где о том, что сторона ссылается на возражение о зачете в процессе и что зачет не наступает в силу закона, говорится недвусмысленно. См.: Пляниоль М. Курс французского гражданского права. Издание тип. С. Панского, 1911. С. 176 - 177.

<5> Вавин Н.Г. Зачет обязательств. М., 1914; Zimmermann R. Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription. Cambridge University Press, 2010. P. 40.

<6> Zimmermann R. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Mohr Siebeck, 2007. S. 2211.

Вооружившись этим подходом, мы можем прийти к некоторым отдельным следствиям, касающимся пределов действия зачета, например, всякий раз решая вопрос о возможности зачета в конкретной ситуации, стоит искать здесь дозволенную законом возможность должника исполнить основное обязательство. Само собой, такая ситуация возникает, когда лицо, предъявляющее требование к зачету, является должником по основному требованию. Аналогичная возможность, например, появляется, когда должник в силу положений закона может исполнить обязательство за третье лицо. В качестве примера могут быть приведены нормы ГГУ и ГК РФ, которые посвящены возможности исполнения обязательства третьим лицом. Так, российский Кодекс в ст. 313 предусматривает такое право у третьего лица в случае возложения на него исполнения по основному обязательству, т.е. с прямого согласия на то должника, а также в случаях, когда основное требование просрочено или у третьего лица есть определенный интерес в имуществе кредитора. Последнее условие также упоминается в § 268 ГГУ. К нему добавляется еще одно основание для зачета требований (§ 267), которое предусматривает возможность третьему лицу заявить зачет с целью освободить должника по основному обязательству от его долга. Вероятно, законодатель предполагал некую *causa donandi* в основе такого рода действий либо иные экономические мотивы. Во всех перечисленных случаях закон прямо предусматривает возможность третьего лица зачесть свое требование к кредитору по основному требованию. Следует отметить, что, как уже было сказано ранее, возможность зачета в этой ситуации появилась в ГК РФ только в ходе недавней реформы гражданского законодательства. До этого вопрос об исключении из принципа встречности в данном случае являлся дискуссионным, в доктрине присутствовали противоположные мнения <1>. Теперь дискуссия может переместиться к вопросу об обоснованности данного допущения, и теория зачета как платежа или суррогата исполнения помогает обосновать такое исключение. Кажется, действительно, целесообразно допустить здесь возможность зачета, который не потребует совершения действий по исполнению от стороны, заинтересованной в сохранении имущества должника по основному требованию, и освободит от действий по исполнению должника по встречному требованию.

<1> Отрицательное мнение А.А. Павлова основано на том, что, по мнению автора, в случае зачета имеет место "прекращение обязательств в результате их осуществления", а не исполнения. Различие в существе приведенных догматических понятий привело автора к выводу о невозможности применения к зачету по аналогии норм об исполнении обязательства, а, следовательно, и об отсутствии в данном случае исключения из принципа встречности. Павлов А.А. Позитивные предпосылки зачета: Сб. науч. ст. в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова / Отв. ред. П.А. Варул. Ярославль, 2011. С. 73 - 74. Положительное мнение А.Е. Егорова. Егоров А.В. [Германская модель зачета в приложении к российским реалиям](#) // Вестник ВАС РФ. 2014. N 3.

Однако такой подход может привести к излишнему вмешательству в частную волю как кредитора, так и должника по основному обязательству. Известное возражение против допустимости зачета в случае исполнения обязательства третьим лицом в том, что зачет начнут использовать как инструмент для принудительной скупки долгов. Правда, такой негативный эффект можно получить и если просто на уровне закона неограниченно разрешить третьим лицам исполнять обязательство без согласия должника. Следовательно, причина злоупотреблений будет корениться в самом факте возможности третьего лица вмешаться в обязательство, а не столько в возможности сделать это именно зачетом. Достаточно будет простого исполнения обязательства в тех ситуациях, когда кредитор будет обязан его принять. Критикам данной новеллы следует объяснить, чем именно прекращение обязательств зачетом отличается от прекращения его надлежащим исполнением и почему первое в данных ситуациях будет недопустимо, несмотря на возможность второго.

Последовательное применение данной логики позволяет переформулировать принцип встречности, если не вовсе от него отказаться, и поставить на его место новый принцип, согласно

которому должник вправе совершить зачет в любой ситуации, когда закон позволяет ему совершить исполнение. Основное ядро такого множества ситуаций, когда зачет будет допустим, представляет собой случаи, когда имеет место классическая встречность, однако, помимо нее, во множество попадут и те казусы, которые ранее относились к исключениям.

Однако соответствующая концепция не объясняет возможность зачета требований при цессии, которая допускается многими правопорядками, ведь после получения уведомления об уступке надлежащее исполнение обязательства cedentu становится невозможным. Не отвечает она также и на вопрос о возможности зачесть требованием основного должника требование кредитора, обращенное к поручителю.

Соответственно, такое объяснение не может являться единственным критерием, очерчивающим субъектный состав зачета.

Кроме того, практически любое исполнение третьему лицу приводит ко вторжению в сферу кредитора по основному требованию, а также в сферу должника в тех случаях, когда целью исполнения не будет являться освобождение его от обязательства. По общему правилу такая возможность все равно ограничена законодателем, и допустимые исключения, хотя и удачно ложатся в объяснение теории платежа, однако продиктованы иными мотивами - интересом должника (в случае, если он будет освобожден от исполнения основного обязательства) или интересом третьего лица, который законодатель в данном случае оценивает выше, чем интересы остальных участников, которых затрагивает зачет. Стало быть, даже здесь концепция платежа не до конца объясняет причины отхода от принципа встречности.

Альтернативной концепции природы зачета, которая завоевала популярность в Германии в первой половине XX в., является концепция удовлетворения (Befriedigungstheorie) <1>. Немецкий цивилист Эрнст Вайгелин в 1904 г. обратил внимание на следующую особенность зачета - практически стопроцентную уверенность кредитора в получении в случае совершения заявления о зачете всего исполненного по обязательству. Соответственно, зачет было предложено воспринимать как прежде всего результат акта кредитора, а эффект зачета - как сходный с эффектом обеспечения. Сам Вайгелин сравнил институт зачета с залогом в обеспечение основного требования. Производя зачет, кредитор гарантированно получал все причитающееся по собственному требованию. Популярность данной теории во многом обязана возможности в немецком правопорядке зачета в случае банкротства должника по основному требованию. Такое преимущество действительно давало основание говорить о некоей схожей природе зачета с институтом залога, однако практически одновременно с появлением данной теории в доктрине заговорили о тщетности объяснения отдельных особенностей зачета исходя из его природы. Так, Пауль Эртманн <2> предположил, что обе теории не были приняты законодателем во внимание при формулировании текста Кодекса, а значит, заслуживают мало внимания и в доктринальной дискуссии. В современной немецкой литературе обсуждать природу зачета обычно не принято, обе функции платежа и обеспечения воспринимаются в качестве равных (такой подход получил название Kombinationstheorie) <3>, и служат они скорее для объяснения, зачем в обороте нужен зачет, чем для применения в качестве отправных точек для выводов относительно его допустимости в том или ином конкретном случае. Даже если субъекты желали бы прекращения обязательства зачетом, чтобы не совершать дополнительный платеж или чтобы быстро и гарантированно получить исполнение, во многих случаях зачет не будет допущен правопорядком. Но как понять, какие это должны быть случаи?

<1> Zimmermann R. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Mohr Siebeck, 2007. S. 2210 - 2212.

<2> Oertmann P. Die rechtliche Natur der Aufrechnung. Archiv für die civilistische Praxis 113. Bd., H. 3 (1915). P. 376 - 428.

<3> Zimmermann R. Op. cit.

4. Герхард Кегель и поиск новых предпосылок для зачета. Встречность интересов вместо встречности требований

Альтернативную концепцию предложил представитель такого направления в германской доктрине, как "юриспруденция интересов", Герхард Кегель. Его работа *Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquiditat rechtsvergleichend dargestellt*, посвященная непосредственно принципу встречности в зачете и основанная на сравнительно-правовом материале, представляет собой критику догматического подхода к институту. Поиск природы зачета в платеже или обеспечении, по мнению автора, является "мнимой" проблемой и совершенно не объясняет существа встречности, которая сводится к вопросу, почему же в большинстве случаев зачет происходит между встречными требованиями двух лиц и означает ли это, что в некоторых других случаях вопрос о встречности можно проигнорировать, руководствуясь какими-то иными принципами.

Прежде всего, стремясь описать все многообразие вопросов об исключении из принципа встречности в разных право порядках, Кегель констатирует факт неспособности ответить на вопрос о границах принципа встречности с помощью схоластических рассуждений о природе зачета. В этом смысле выбранная им тема отлично подходит для обоснования торжества *interessenjurisprudenz* над прежними подходами.

Собственный же подход Кегеля основывается на обоснованности как основании для допустимости зачета в конкретной ситуации <1>. Понятие обоснованности он наполняет более конкретными положениями. В первую очередь он говорит об английском выражении *equity is equality* и утверждает принцип важности равенства имущественных интересов в зачете. Это равенство выражается в том, что требования должны быть однородны, одного размера, исполнимы в принудительном порядке. Однако самое главное - эффект зачета не должен приводить к обогащению одной стороны за счет другой. Так, Кегель приводит пример, когда В является должником А и одновременно кредитором С. Зачет этих двух требований приведет к тому, что А лишится своего требования, а С освободится от долга. На одной стороне возникнет необоснованный полезный эффект, а на другой - равный по объему необоснованный вредный эффект. Классическая ситуация встречности позволяет нивелировать эту ситуацию - ни одна из сторон не обогащается за счет другой без должного основания. Именно такой принцип сохранения имущественных масс каждой из сторон должен быть определяющим критерием при оценке допустимости зачета. Обе имущественные массы должны в одинаковой степени и выиграть, и проиграть, чтобы обеспечить существование принципа равенства. В противном случае зачет приведет к тому, что одна сторона фактически обогатится за счет другой, и праву потребуются иными средствами выравнять положение сторон, чтобы добиться справедливого результата.

<1> *Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquiditat rechtsvergleichend dargestellt*. Walter de Gruyter, 1938. S. 51 - 73.

Теперь предположим, что перед нами изложенная выше ситуация, однако А и С не против подобного исхода, например: они оба дали друг другу согласие на зачет или между ними существует свое собственное требование. Спрашивается, обязан ли В претерпевать последствия совершенного зачета? Ведь никакого вреда и никакого преимущества не возникает ни у одной из сторон без должного основания.

В такой ситуации В оказывается в самой невыгодной позиции. Вмешательство в его имущественную сферу других лиц принимает слишком широкие масштабы. Он мог рассчитывать на получение со своего должника денег, которые собирался потратить на свои жизненные

потребности, однако теперь долг прекратился. По сути, такого рода отношения представляют собой вмешательство третьих лиц в имущественную сферу частного лица - в данном случае кредитора В, кредиторы которого предпочли получить исполнение непосредственно от его должников. В таком случае принцип "Как ты мне, так и я тебе" превращается в принцип "Как ты своему кредитору (или должнику), так и я тебе".

Эти два принципа - отсутствие одностороннего вреда или пользы и взаимность имущественных отношений - и составляют основание зачета, по мнению Кегеля. Причем если у одной из сторон возникает излишек или ущерб, то принцип взаимности нарушается всегда, а вот в случае нарушения взаимности имущественных отношений неравенство между сторонами возникает не всегда.

Казалось бы, эта попытка найти основания для зачета не увенчалась успехом, все также требуется отыскать взаимность имущественных интересов каждой из сторон. Однако Кегель пытается решить эту проблему, объявив, что требуется проводить разделение между имущественным интересом и правовым положением в обязательстве. У сторон могут быть вполне себе учитываемые правом имущественные интересы, которые следует принять во внимание при определении допустимости зачета. В качестве примера он приводит § 268 ГГУ, в котором учитывается интерес третьего лица в имуществе должника, который и позволяет ему исполнить основное обязательство или зачесть его.

Такие имущественные интересы, по мнению Кегеля, спокойно допускаются к защите, ведь у кредитора по основному долгу также имеется интерес в прекращении обязательства, а стало быть, принцип взаимности не нарушается. Именно добавление этого интереса в общую картину, по мнению Кегеля, позволяет сгладить проблемные углы этого исключения.

Таким образом, по мнению Кегеля, принцип встречности в своей строгой форме обязательности наличия двух сторон, где каждая является кредитором и должником другой, отходит на второй план, а на смену ему выходит принцип взаимности имущественных интересов, которые в случае наличия их у каждой из сторон позволяют оправдать допустимость в конкретной ситуации прекращения обязательств зачетом.

Данная теория представляется более убедительной, чем описанные ранее попытки обосновать наличие тех или иных исключений природой зачета, однако и здесь есть ощутимые минусы. По-прежнему сложно говорить о том, насколько допустимо то или иное конкретное исключение. Все зависит от признания того или иного имущественного интереса лица, которое осуществляет право на зачет, в качестве существенного для целей допустимости этого исключения. Обоснования же, предложенные Кегелем для самого института зачета, напротив, настолько сильны, что, казалось бы, начисто исключают допустимость каких угодно исключений.

5. Зачет при уступке как главный пример исключения из принципа встречности. Поиск адекватного баланса интересов

Рассуждая об институте зачета при уступке права требования, практически все упоминают в качестве главной причины его допустимости защиту интересов должника <1>. Этот подход позволяет толковать нормы о зачете при уступке как специальные по отношению к нормам о возражениях должника против цессионария, основанные на требованиях и обстоятельствах, которые он имел против cedenta до момента уведомления об уступке. Несмотря на то что в ходе своего исторического развития зачет, как уже было ранее упомянуто, превратился из процессуального возражения в институт, реализуемый посредством одностороннего волеизъявления, отнесение его к возражениям должника не противоречит логике. Не следует понимать возражения должника против цессионария исключительно как терминологическую оппозицию субъективным правам, в том числе секундарным правам, к которым обычно относится право на зачет. В контексте института уступки как в английском <2>, так и в германском праве <3> средства защиты должника, основанные на принципе неухудшения его положения в случае

уступки без его согласия, объединяются в одну группу, включая зачет, и называются Obligor's Defences against the Assignor и Schuldnerschutz. То, что в российском праве за этими средствами закрепилось название "возражения", не должно смущать правоприменителя при толковании данных норм.

<1> Tolhurst G. The assignment of contractual rights. Oxford and Portland, Oregon, 2006. P. 426.

<2> Tolhurst G. The assignment of contractual rights. Oxford and Portland, Oregon, 2006. P. 426.

<3> Hattenhauer C. Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Mohr Siebeck, 2007.

Непосредственно разъяснение ВС РФ, которое и послужило предпосылкой для соответствующего текста, затрагивает помимо соотношения общего и частного - возражений должника и зачета - два вопроса, которые имеют достаточно важное значение для всего института цессии.

Во-первых, речь идет о возможности зачитывать требования, срок которых наступил после получения должником уведомления об уступке. Воспользовавшись двусмысленностью нормы закона, ВС РФ расширительно истолковал норму, позволив предъявлять такие требования к зачету, но при условии наступления их срока. Такой подход интересен тем, что ВС РФ практически пытается встать на место должника и увидеть его ожидания погасить требование зачетом. Причем разъяснение ВС РФ не содержит временное ограничение на созревание требований, как, например, это делает Немецкий кодекс, где предъявлять к зачету требования, созревшие после наступления срока основного требования, нельзя. Вероятно, что ВС РФ решил дать должнику широкие возможности для защиты своих ожиданий. Именно на этот критерий следует обратить внимание, прежде чем мы перейдем к обсуждению следующего вопроса.

Во-вторых, разъяснение затронуло возможность зачитывать требования, которые должник имел против каждого из цессионариев в цепочке из нескольких последовательных уступок. Ранее этот вопрос долго дискутировался в доктрине, высказывались различные точки зрения: от крайне отрицательных до положительных <1>. Однако аргументация в пользу негативного отношения к зачету против каждого из нескольких цессионариев страдала своей непроработанностью. Так, Н.Г. Вавин ссылается на опыт Австрийского гражданского уложения, закрепившего возможность ссылаться на зачет только по требованиям против первого и последнего кредитора в цепочке. Другой его аргумент в том, что такая практика слишком сильно увеличит риск того, что конечный цессионарий не сможет осуществить приобретенное им право и потребует обращение к цеденту в цепочке за убытками, что является нежелательным.

<1> Отрицательную позицию Н.Г. Вавина см.: Вавин Н.Г. Зачет обязательств. М., 1914. С. 19 - 20; положительную позицию А.А. Павлова см.: Павлов А.А. Позитивные предпосылки зачета // Сб. науч. ст. в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова / Отв. ред. П.А. Варул. Ярославль, 2011.

Другой аргумент, на удивление догматического свойства, можно найти в авторитетном труде Goode on Legal Problems of Credit and Security. Так, считается, что первому цессионарию право поступает обремененным всеми возражениями, так как уступка предусматривает передачу права в таком виде, в каком оно было у цедента <1>. Именно последнее слово в итоге является ключевым. По мнению автора, в процессе первой уступки право, видимо, окончательно кристаллизуется и превращается в актив, способный к обороту, который невозможно изменить последующими уступками. Ну, а объяснение возможности должника зачесть против основного требования свое требование к последнему цессионарию в объяснении не нуждается.

<1> Goode on Legal Problems of Credit and Security. Louise Gullifer, Sweet & Maxwell, 2008. P. 321.

Такая логика кажется несколько искусственной. Разумное опровержение содержит статья А.А. Павлова <1>. Он поддерживает допустимость предъявления имеющихся требований против всех цессионариев и основывается на схожем принципе, однако каждый раз при новой уступке обременения передаются к следующему цессионарию. Такой подход представляется наиболее верным, так как неизвестно, что нам мешает рассматривать каждую уступку в цепочке как изолированную и, соответственно, применять к ней все прежние положения, изложенные в аргументации выше.

<1> Павлов А.А. Позитивные предпосылки зачета // Сб. науч. ст. в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова / Отв. ред. П.А. Варул. Ярославль, 2011.

Однако абсолютно свободный подход тоже вызывает вопросы. Допустимость в этих отношениях зачета обосновывается защитой интересов должника, который полагался на возможность зачета против cedenta и действительно собирался предъявить свое требование к зачету. Однако такое поведение должника не представляется возможным в том случае, если ему не было известно о предыдущих уступках. Такое уточнение в своей работе предлагает Кегель <1>, прежде оговариваясь, что возможность предъявлять такие требования к зачету бесспорна. Однако он говорит о том, что должник явно будет злоупотреблять такой привилегией, если сможет предъявить требование к зачету против одного из цессионариев, о котором узнал после поступления уведомления об уступке от последнего цессионария. В таком случае никакой защиты ожиданий должника не может быть, так как самих ожиданий собственно и не было. Вместе с этим выводом стоит заметить, что подобная ситуация, которой опасается Кегель, будет весьма редкой, и то, что ВС РФ не высказался о соответствующем ограничении, не содержит в себе какой-либо угрозы обороту прав в Российской Федерации.

<1> Kegel G. Probleme der Aufrechnung: Gegenseitigkeit und Liquiditat rechtsvergleichend dargestellt. Walter de Gruyter, 1938. S. 146.

Заключение

В настоящей работе был проведен краткий анализ существовавших в доктрине подходов к описанию причин исключения из принципа встречности при совершении зачета, а также содержится ряд отдельных замечаний, касающихся отдельного случая такого рода исключений - зачета при уступке права требования.

Ю.В. СТАРЦЕВА

ПРИНЦИП ВИНЫ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЕННЫЙ ИСТОЧНИКОМ ПОВЫШЕННОЙ ОПАСНОСТИ

В XIX - начале XX в. вина воспринималась как очевидная и не поддающаяся сомнению предпосылка для возложения гражданско-правовой ответственности на причинителя вреда. Вместе с тем индустриализация и развитие технического прогресса повлекли необходимость пересмотра устоявшихся взглядов на субъективные условия ответственности, поскольку их последовательная реализация приводила к несправедливым решениям, перекладывая на потерпевших риск несчастных случаев на производстве. В связи с чем в настоящее время

происходит все большая объективизация понятия вины, повышение стандартов заботливости и осмотрительности, появляются составы, в которых обязанность возмещения вреда вообще не зависит от вины.

Настоящая статья посвящена анализу основных взглядов на понятие вины, а также особенностей ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, и прежде всего условий, при которых ее можно избежать. Автор исследует теоретические аспекты данной темы и их отражение в российской судебной практике.

Principle of Guilt and Liability for Damage Caused by a Source of Increased Danger

Yu.V. Startseva

In 19 - 20th centuries guilt was regarded as an obvious and doubtless prerequisite for assignment of civil liability on the tortfeasor. But industrialization and advancement of technology have led to the necessity to reconsider traditional notions of subjective conditions of liability because their consistent implementation resulted in unjust decisions which transferred the risk of industrial accidents on the injured party. Due to this fact, currently there are several trends such as objectification of understanding of the notion of guilt, enhancement of the standards of care and prudence; there appear infringements for which liability of compensation of damage is independent of guilt.

This article focuses on the analysis of the main points of views on the notion of guilt and peculiarities of the liability for damage caused by a source of increased danger, and especially conditions under which it can be avoided. The author considers theoretical aspects of this subject and their reflection in the Russian judicial practice.

Введение

Согласно общему принципу *casum sentit dominus* потерпевший должен самостоятельно нести последствия причинения вреда, который он потерпел случайно или по собственной вине. В связи с этим необходимы дополнительные предпосылки, чтобы рассматривать другое лицо в качестве обязанного возместить ущерб. Такими предпосылками, в частности, являются субъективные основания вменения, которые призваны установить границу между свободой действия одного лица и неприкосновенностью другого <1>.

<1> Mohr J. Rechtswidrigkeit und Verschulden im Deliktsrecht // Juristische Ausbildung. 2013. Bd. 35(6). S. 567.

При этом история развития учения о гражданско-правовой ответственности может быть описана как постоянное колебание между субъективными и объективными решениями, причем в двойном отношении, а именно:

- вменение происходит либо на основании объективного (причинение, причинно-следственная связь), либо субъективного (вина) критерия;

- субъективное вменение определяется в зависимости от субъективного (психологическое понимание вины) или объективного (нарушение требований заботливости и осмотрительности) масштабов <1>.

<1> См., например: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB // M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann (Hgs). Bd II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. § 241 - 432. 1. Teilband: vor § 241 - 304. Mohr

Siebeck. Tübingen, 2007. S. 1153 - 1154 (M.J. Schermaier).

Принцип вины действовал в XIX в. и даже в начале XX в. в качестве аксиомы, которую наилучшим образом отражало следующее высказывание Р. Иеринга: "Не вред обязывает к его возмещению, а вина. Данное выражение так же просто, как и утверждение химиков о том, что горит не свет, а кислород в воздухе" <1>. Вина воспринималась как очевидная, действующая в большинстве случаев и не поддающаяся сомнениям предпосылка ответственности. Невинный вред, который не соотносился с волей его причинителя, рассматривался как случайный <2>.

<1> Jhering R. von. Schuldmoment im römischen Privatrecht. Giessen, 1867: "Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld. Ein einfacher Satz, ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft".

<2> См.: Jansen N. Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie, Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadenersatz. Mohr Siebeck. Tübingen, 2003. S. 65, 365; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§ 705 - 853, PartGG, ProdHaftG). 5. Auflage. C.H. Beck. München, 2009. Rn. 16 (Wagner G.); Kolb K.M. Auf der Suche nach dem Verschuldensgrundsatz. Untersuchung zur Faktizität der Culpa-Doktrin im deutschen ausservertraglichen Haftungsrecht. Herbert Utz Verlag. München, 2008. S. 1 - 3; Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Юрид. лит., 1966. С. 117.

Однако действительность, развитие техники и увеличение числа несчастных случаев пошатнули данную позицию, поскольку ее последовательное воплощение в жизнь приводило к несправедливым решениям. Если, например, происшествие не было вызвано неосторожным поведением, то оно считалось лишь случаем, а вред, причиненный потерпевшему, возмещению не подлежал и рассматривался в качестве "жертвы общественному прогрессу". Либерализм требовал большой свободы действий для развивающейся индустрии, которая не должна была быть обременена дополнительными рисками ответственности <1>. Принцип вины воплощал идею самоопределения и собственного выбора: компенсировать вред должен был лишь тот, кто причинил его иному лицу упречным образом. Ответственность же без вины, по воззрениям того времени, могла существенно ограничить активность населения и дальнейшее развитие общества из-за страха перед обязанностью возмещения вреда <2>, обнаружилось бы притупление чувства ответственности за свои собственные действия <3>.

<1> Caemmerer E. von. Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law. 1978. Bd. 42. Heft 1. S. 8; Kotz H. Haftung für besondere Gefahr: Generalklauseln für die Gefährdungshaftung // Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1970. Bd. 170. Heft 1. S. 4.

<2> Kolb K.M. Op. cit. S. 9.

<3> Гражданское право. Коллектив ВИЮН. Т. 2. С. 57 (цит. по: Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 2. Л., 1978 // Иоффе О.С. Избр. труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2009. С. 469).

Но несправедливые результаты, к которым приводило последовательное применение данного подхода, не могли остаться незамеченными как со стороны законодателя <1>, так и со стороны судебной практики <2>. Однако первые решения и законодательные подходы в этой области казались абсурдными. Так, появление в Германии Имперского закона в 1871 г., прямо предусмотревшего безвиновную ответственность, было встречено теорией без интереса,

поскольку данные меры рассматривались в качестве фрагментарного исключительного регулирования <3>, чисто позитивистского решения, не имеющего правовой основы <4>. Примечательно, что даже Ф.К. Савиньи, который считается отцом-основателем Прусского закона о железных дорогах 1838 г., в своей работе по обязательственному праву <5> вообще не упоминает об ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности. Авторитет римского права, с одной стороны, и закрытость догматической системы, с другой - исключали возможность постановки под сомнение существующих предпосылок возмещения вреда <6>.

<1> Например, в Германии § 25 Прусского закона о железных дорогах 1838 г., а также Имперский закон об ответственности 1871 г. предусматривали безвиновную ответственность предприятий железных дорог (Gadow O. von. Die Zahmung des Automobils durch die Gefahrdungshaftung. Eine Analyse der Entscheidungen des Reichsgerichts zu § 7 des Gesetzes uber den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 03.05.1909. Duncker & Humblot. Berlin, 2002. S. 58 - 104; Kondgen J. Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaften am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefahrdungshaftung. Berlin, 1976. S. 21 - 24). В России особая ответственность предприятий железных дорог и пароходств за смерть и вред здоровью, причиненные при эксплуатации транспорта, была впервые определена в Законе "О наказаниях за нарушение безопасности" в 1878 г., а также предусмотрена в Своде законов Российской империи (ст. 683 т. X ч. 1) и в Книге пятой проекта Гражданского уложения. См. подробнее: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 214 - 219 (по изд. 1915 г.).

<2> Так, идеи безвиновной ответственности впервые были сформулированы в английском деле Rylands v. Fletcher (UKHL 1, 1868. LR 3 HL 330).

<3> Kondgen J. Op. cit. S. 22.

<4> Gadow O. von. Op. cit. S. 78.

<5> См.: Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Пер. с нем. В. Фукс и Н. Мандро. М., 1876.

<6> Jansen N. Die Struktur... S. 370.

Однако в настоящее время господство принципа вины не является столь бесспорным, в литературе стали говорить о его кризисе ввиду появления большего числа исключений, его объективизации, а также о складывании дуалистической системы обязывания к возмещению вреда, в рамках которой существуют, с одной стороны, нормы классического деликтного права, привлечение к ответственности в соответствии с которыми основано на противоправности и вине, а с другой - нормы, выражающие, по сути, определенный подход к распределению бремени несения убытков <1>.

<1> См.: Caemmerer E. von. Op. cit. S. 5 - 9; Kolb K.M. Op. cit. S. 2.

Как отмечал О.А. Красавчиков, "принцип ответственности за вину декларируется всеми, но как только заходит речь о его последовательном проведении в теоретических исследованиях законодательства и судебно-арбитражной практики, соответствующие декларации "повисают в воздухе" <1>.

<1> Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 118.

В настоящей работе предлагается последовательно рассмотреть основные взгляды

исследователей на понятие вины, а также особенности ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, учитывая, что "ответственность владельца источника повышенной опасности оказывается тем пробным камнем, на котором проверяется любая теория гражданско-правовой ответственности" <1>.

<1> Там же.

I. ПОНЯТИЕ ВИНЫ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Представляется, что в развитии понимания "вины" условно можно выделить несколько этапов.

1. Субъективное и психологическое понимание вины в целом

В советской науке первоначально господствовало субъективное (психологическое) понимание вины, базирующееся в основном на разработках по данному вопросу в уголовном праве. Как писал Г.К. Матвеев, советские цивилисты брали за данное то, что писалось криминалистами о вине <1>.

<1> Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев: Изд-во Киев. ун-та, 1955. С. 168.

Так, М.М. Агарков, использовавший перечневый подход к пониманию вины, долгое время преобладающий в советской цивилистике <1>, определял вину следующим образом - умысел или неосторожность лица, обусловившие совершенное им противоправное действие. Умыслом называется предвидение лицом того результата, который делает его действие или бездействие противоправным. При этом он выделял прямой и эвентуальный (косвенный) умысел: умысел является прямым, если лицо предвидит и преследует цель достигнуть этого результата. Умысел является эвентуальным, если лицо предвидит и допускает, что этот результат получится, хотя непосредственно и не преследует такой цели <2>. Таким образом, в понимании умысла четко прослеживается влияние теории уголовного права.

<1> Иоффе О.С. Избр. труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2009. С. 495 // Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. II. Л., 1978.

<2> Гражданское право / Под ред. М.М. Агаркова и Д.М. Генкина. Т. 1. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. С. 322 (автор - М.М. Агарков).

Неосторожность определялась им уже как отсутствие требуемой от лица предусмотрительности <1>. Однако раскрытие этого определения происходило опять же с использованием наработок уголовного права: "Неосторожность имеет место, во-первых, в том случае, когда человек не предвидел последствий своего действия, хотя и должен был их предвидеть, во-вторых, когда он предвидел последствия своего поступка, но легкомысленно думал, что эти последствия будут предотвращены" <2>. При этом критерий предусмотрительности являлся субъективным. М.М. Агарков полагал, что судье надлежит в каждом конкретном деле выяснять, какую меру предусмотрительности можно требовать от данного лица при данных обстоятельствах в зависимости от уровня его образования, наличия специальных знаний, занимаемого человеком положения <3>.

<1> Там же. С. 322.

<2> Там же. С. 322 - 323.

<3> Там же. С. 326.

Аналогичным перечневым подходом к вине руководствовались и иные советские цивилисты, подчеркивая ее интеллектуальный (предвидение, понимание реально возможных последствий данного поступка) и волевой (желание или нежелание этих последствий, безразличное отношение к ним) моменты <1>. При этом анализ психологического отношения был свойствен и для понимания неосторожности, при которой "воля и сознание лица проявляются при неосторожности, как при умысле, с той лишь разницей, что там и тут они проявляются с разной интенсивностью и в разных конкретных формах - в активной форме при умысле и в недопустимо пассивной при неосторожности" <2>.

<1> Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Юрид. лит., 1950. С. 320 (автор - Л.А. Лунц); Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе: Ирфон, 1972. С. 54 - 55; Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 177 - 190.

<2> Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 274.

Стоит отметить, что первоначально учение о вине развивалось в контексте уголовного права и в Германии <1>. Однако постепенно было признано, что наука гражданского права не может довольствоваться психологической теорией вины и ограничиваться лишь указанием на умысел и неосторожность как содержание данного понятия, необходимо разработать собственное понятие <2>.

<1> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB // M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann (Hgs). Bd. II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. § 241 - 432. 1. Teilband: vor § 241 - 304. Mohr Siebeck. Tübingen, 2007. S. 1036 - 1037. (M.J. Schermaier).

<2> Geilen G. Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht? // JuristenZeitung. Jg. 19. 1964. Nr. 1. S. 8.

Вместе с тем приверженцы субъективного подхода были в Германии и в XX в. Так, Г.К. Ниппердей, вопреки господствовавшему в судебной практике и литературе подходу, утверждал, что в гражданском праве предпосылкой для установления вины должна считаться именно индивидуальная неосторожность. Исследование неосторожности, понимаемой в силу § 276 ГГУ как несоблюдение требуемых в обороте мер заботливости и осмотрительности, с его точки зрения означает оценку противоправности, а не вины. Причинителя можно только тогда упрекнуть, если он действовал противоправно, хотя он мог действовать правомерно, если он мог бы в соответствии с его личными и индивидуальными способностями предотвратить несоблюдение требований заботливости и осмотрительности. Вина - суждение не о действии, а о лице, поэтому индивидуальная предотвратимость - конститутивный элемент упречности несоблюдения требований заботливости и осмотрительности. Если лицо не предприняло необходимых мер, но и не могло этого сделать в силу личностных качеств, оно бы фактически привлекалось к ответственности вне зависимости от вины <1>.

<1> Nipperdey H.K. Rechtswidrigkeit, Sozialadaquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht. NJW 1957. 1777 // Kramer A.E. Das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts und Vertragsrecht. Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1971. Bd. 171. Heft 5/6. S. 423 - 426.

Однако все-таки подобные идеи не получили широкого признания.

Под влиянием уголовно-правового учения в немецком гражданском праве также появилось разграничение заботливости и осмотрительности на внутреннюю и внешнюю. Под внешней заботливостью и осмотрительностью понимают наблюдаемое со стороны поведение, и при неосторожности причинитель вреда действует иначе, чем требовалось (например, не соблюдает ограничения скоростного режима или поставляет на рынок ненадежные продукты и т.д.). Внутренняя заботливость и осмотрительность подразумевают интеллектуально-эмоциональный процесс, предполагающий осознание лицом наличия норм и их несоблюдения <1>. Вместе с тем данное деление также было в последующем отвергнуто наукой гражданского права в связи с затруднительностью разграничения указанных категорий. В соответствии с господствующим в настоящее время в науке мнением уже при несоблюдении лицом требований заботливости и осмотрительности может быть констатировано проявление им неосторожности, и дальнейший анализ его действий излишен <2>.

<1> Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§ 705 - 853, PartGG, ProdHaftG). 6. Auflage. C.H. Beck. München, 2013. S. 1826 (Wagner G.).

<2> Kotz H., Wagner G. Deliktsrecht. 12. Auflage. Vahlen. München, 2013. S. 57; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§ 705 - 853, PartGG, ProdHaftG). 5. Auflage. C.H. Beck. München, 2009. Rn. 32 - 35 (Wagner G.).

При этом в Австрии, в отличие от Германии, исследователи исходят из того, что установление неосторожности включает в себя порок воли. Данный порок касается конкретного лица только тогда, когда оно осознавало, что действует опасным или противоправным образом и должно было и могло действовать иначе. Таким образом, вина предполагает противоправное поведение, и ее установление подразумевает оценку порочности поведения лица на основе субъективных стандартов. Каждый раз необходимо задаваться вопросом, мог ли причинитель на основании своих способностей осознать наступление вреда и его противоправность и в соответствии с этим действовать иначе. Только если его способности были достаточны для предотвращения вреда, если его поведение было упорно с субъективной точки зрения, только тогда можно говорить о вине <1>.

<1> Koziol H. Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht? Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1996. Bd. 196. Heft 6. S. 595 - 596; Idem. Grundfragen des Schadenersatzrechts. Jan Sramek Verlag. Wien, 2010. S. 202.

Вместе с тем при определении объема заботливости и осмотрительности все-таки используется также объективный масштаб. В соответствии с § 1294 Австрийского гражданского уложения (далее - АГУ) неосторожность наличествует, если лицо действовало, не соблюдая **должные** требования заботливости и осмотрительности. Кроме того, в силу § 1297 АГУ предполагается, что каждый здравомыслящий человек должен проявлять такую степень заботливости и осмотрительности, которая может быть соблюдена лицом с обычными способностями. Если он это не делает, то считается виновным. Также согласно § 1299 АГУ, предусматривающему особенности ответственности специалистов, тот, кто публично признает себя профессионалом в определенной сфере, или тот, кто без нужды добровольно принимает на себя обязательство, исполнение которого требует наличия специальных знаний или проявления

необычной степени заботливости, позволяет воспринимать себя как лицо, обладающее необходимыми, необычными знаниями и должной степенью заботливости, в связи с чем он должен отвечать при их отсутствии или недостаточности. Таким образом, учитывается особое положение лиц, относящихся к определенным группам участников гражданского оборота.

Кроме того, Верховный суд Австрии указал, что причинитель вреда может быть освобожден от его возмещения, только если докажет, что выполнил все необходимые для предотвращения опасности требования заботливости и осмотрительности, которые можно было разумно от него ожидать с точки зрения оборота <1>. То есть в судебной практике в настоящее время также применяется объективный масштаб неосторожности.

<1> OGH 19.12.2000, 1 Ob 93/00h, RZ 2002/4, 44 = ZVR 2002/21, 89; Weiss R. Hohere Gewalt als Haftungsausschluss. Manz. Wien, 2009. S. 105 - 106.

2. Психологический умысел и объективный масштаб неосторожности

Исследования категории вины в гражданском праве в основном сосредоточиваются на выяснении понятия неосторожности и применяемого масштаба ее установления. Во многом это объясняется тем, что в гражданском праве привлечение к ответственности по общему правилу не зависит от формы вины, в связи с чем умыслу придана второстепенная роль <1>. Данное положение можно заметить в том числе, если обратиться к нормам современного ГК РФ. Наличие умысла имеет значение скорее не для обоснования ответственности, а для исключения возможности ее ограничения (п. 4 ст. 401, п. 4 ст. 1090 ГК РФ), учета вины потерпевшего при определении размера возмещения (ст. 1083 ГК РФ). В связи с этим практически отсутствует самостоятельная гражданско-правовая теория умысла, как правило, исследователи рассуждают о его наличии с психологической точки зрения в контексте понимания, предложенного уголовным правом, и подразумевают под ним намерение лица причинить вред, его сознательное допущение <2>.

<1> Bruggermeier G. Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europaisierung des Privatrechts. Springer. Heidelberg, 2006. S. 20; Mohr J. Op. cit. S. 573.

<2> Иоффе О.С. Обязательства по возмещению вреда. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1951. С. 31.

При оценке поведения лица с точки зрения проявленной неосторожности, несмотря на общее следование за теорией уголовного права, уже в советское время в России были заложены основы применения объективного масштаба.

Одной из первых работ, в которой были отражены указанные идеи, была работа Х.И. Шварца "Значение вины в обязательствах из причинения вреда". Он отмечал: "Вменяя кому-либо в вину его деяния, мы выражаем наше отрицательное суждение о его поведении" <1>. Вместе с тем масштаб, с помощью которого оценивается поведение правонарушителя, с его точки зрения, должен быть объективным - средний гражданин: "К тому, кто нарушает уровень поведения, присущий среднему добросовестному гражданину социалистического общества, мы вправе обратиться с упреком: почему ты вел себя хуже, чем в подобных условиях должен был вести себя советский гражданин?" <2> При этом масштаб ответственности должен быть построен, с одной стороны, объективно, а с другой стороны, дифференцированно с учетом социального положения причинителя вреда, его образования, профессии <3>. Сам автор сформулировал следующее понятие вины: несоблюдение заботливости, предписываемой законами социалистического общества, его обычаями и правилами социалистического общежития <4>.

<1> Шварц Х.И. Значение вины в обязательствах из причинения вреда. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1939. С. 29.

<2> Там же. С. 35.

<3> Там же. С. 36.

<4> Там же.

Однако изложенный подход был подвергнут критике за отождествление вины и противоправности <1>. О.С. Иоффе указывал, что исходить из несоблюдения требуемой заботливости можно лишь при определении неосторожной вины по объективному критерию, учитывая, что Х.И. Шварц не проводил в этом отношении различия между умыслом и неосторожностью <2>. Кроме того, Е.А. Флейшиц выступила против применения масштаба среднего человека и дифференцированного подхода и отмечала необходимость использования абстрактного объективного критерия, не являющегося средней меркой, а устанавливающего использование человеком всех доступных возможностей для предотвращения вреда, даже особенно высоких <3>.

<1> Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 173 - 174.

<2> Иоффе О.С. Обязательства по возмещению вреда. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1951. С. 495.

<3> Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М.: Госюриздат, 1951. С. 82 - 84.

В целом господствующие в советское время воззрения на неосторожность можно выразить следующим образом: "Возлагая ответственность за неосторожную вину, суд выясняет не только субъективные способности данного лица предвидеть и предотвратить вредный результат, но и сопоставляет поведение этого лица (физического и юридического) с поведением других советских граждан и организаций. Поведение этих других лиц берется в данном случае за образец. Этот образец (как масштаб измерения предусмотрительности и активности) необязательно должен быть средним и тем более посредственным. В социалистических условиях принято равняться не на средних, а на лучших граждан, на передовые организации" <1>.

<1> Матвеев Г.К. Указ. соч. С. 287. См. также: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Юрид. лит., 1950. С. 327 - 332 (автор - Л.А. Лунц); Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 82 - 84.

В настоящее время ключевым для определения понятия вины является абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ: 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. Таким образом, при установлении вины реальное поведение лица сопоставляется с определенным масштабом должного поведения <1>, поскольку для определения требуемого уровня заботливости и осмотрительности имеет значение не степень возможной внимательности конкретного лица, а внимательность, которую могло бы проявить разумное третье лицо со средними способностями. Вместе с тем в литературе также отмечается, что указанное определение относится к случаю, когда речь идет о неосторожности. Вина в форме умысла заключается в намеренных действиях либо бездействии, направленных на причинение имущественного вреда другому лицу <2>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Российское гражданское право: В 2 т. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права" (том 1) (отв. ред. Е.А. Суханов) включен в информационный банк согласно публикации - Статут, 2011 (2-е издание, стереотипное).

<1> Российское гражданское право: Учебник. Т. 1. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2013. С. 464 (автор главы - Е.А. Суханов).

<2> Российское гражданское право: В 2 т. Обязательственное право: Учебник. Т. 2 / Отв. ред. Е.А. Суханов (автор главы - С.М. Корнеев). М.: Статут, 2011 (СПС "КонсультантПлюс").

Нельзя не отметить большое сходство российского и немецкого правового регулирования в отношении понимания вины. В Германии в соответствии с абз. 2 § 276 ГГУ неосторожно действует тот, кто не соблюдает действующие в обороте требования заботливости и осмотрительности. В протоколе Второй комиссии по подготовке ГГУ указано, что при этом речь не идет о применении в каждой ситуации такой степени заботливости и осмотрительности, которая требовалась бы для устранения определенной грозящей опасности в конкретном случае. Скорее при применении указанной нормы нужно исходить из того, какой масштаб заботливости и осмотрительности был необходим в общем в нормальном обороте <1>. Таким образом, суждение о наличии вины предполагает существование определенной программы поведения для участника оборота, которой он должен был следовать, однако не сделал этого <2>. При этом масштаб неосторожности является, с одной стороны, объективным и не учитывает индивидуальные качества (недостатки) причинителя вреда, а с другой стороны, ориентируется на конкретную ситуацию и дифференцируется и типизируется в зависимости от сфер оборота. Тем самым создается различная основа для ответственности, например, хирурга и сельского врача. Кроме того, если определенное лицо обладает определенными знаниями и способностями выше среднего, то следует исходить из того, что для исключения ответственности он должен был их применить для предотвращения причинения вреда. То есть при использовании объективного масштаба неосторожности предполагается, что каждое лицо знает или по крайней мере должно знать границы своих способностей для предотвращения различных опасностей и рисков и не будет ставить себя в ситуации, которые ему не по плечу. Так, при привлечении к ответственности не учитываются, например, заболевания лица (в частности, слабое зрение или чрезмерная усталость), если он должен был предвидеть, что не справится с грозящей опасностью. Также обстоит дело и с ответственностью водителя, находившегося в состоянии опьянения: хотя он даже при наибольшей концентрации своих способностей был бы не в силах предотвратить причинение вреда, но он мог не садиться за руль, а потому его субъективные способности не принимаются во внимание <3>. То есть, как правило, человек оказывается не случайно в опасной ситуации, а самостоятельно определяет, какие знания и способности приобрести, прежде чем принять на себя определенный риск <4>. Исключения составляют случаи, в которых причинитель вреда непредвидимо и непредотвратимо теряет свои обычно наличествующие способности, например, в силу сердечного приступа или диабетической комы. В подобных ситуациях немецкие суды отказывают в возмещении вреда, если причинитель вреда докажет, что приступ, исключаяющий способность к действию, был внезапным <5>.

<1> Prot. II, 604 // in: Deutsch E. Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht. Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 2002. Bd. 202. Heft 6. S. 900.

<2> Deutsch E. Op. cit. S. 900.

<3> Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§ 705 - 853, PartGG, ProdHaftG). 6. Auflage. C.H. Beck. München, 2013. S. 18281830 (Wagner G.).

<4> Kotz H., Wagner G. Op. cit. S. 55.

<5> Kotz H., Wagner G. Op. cit. S. 55 - 56.

Таким образом, в обоих правопорядках закреплён объективный масштаб неосторожности. Данный принцип следует из необходимости повышения доверия в гражданском обороте, чтобы каждый мог полагаться на проявление иными участниками оборота уровня заботливости и осмотрительности, типичного для определенной группы участников гражданского оборота <1>. Кроме того, применение объективного масштаба справедливо и с прагматической точки зрения: на практике суду было бы чрезвычайно сложно оценить действительные индивидуальные способности причинителя вреда к его предотвращению <2>.

<1> Kolb K.M. Op. cit. S. 18 - 19. Вместе с тем данное положение также было подвергнуто критике. Так, с точки зрения Х. Коциоля, для объективизации понятия неосторожности в деликтном праве, в отличие от договорного, отсутствуют основания. Во-первых, она не может быть обоснована доверием участников оборота друг к другу, что часто используется сторонниками объективизации: якобы каждый, кто вступает в оборот, полагается на то, что иные участники оборота обладают обычно необходимыми способностями, в связи с чем им не будет причинено вреда. Однако такое доверие не может существовать, поскольку всем известно, что в обороте правомерно принимают участие также несовершеннолетние, люди с ограниченными возможностями и лица со способностями ниже среднего. Кроме того, объективизация понятия неосторожности не может быть обоснована и с позиции создания повышенной опасности. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, традиционно объясняется предоставлением лицу, в обладании которого он находится, особого права на его эксплуатацию, в связи с чем он и несет риск неблагоприятных последствий. Однако лицам, не обладающим средними способностями, не предоставляется никакого специального права, а ответственность и несение риска в таком случае будет связываться чисто с самим фактом их существования (Koziol H. Op. cit. S. 603 - 605).

<2> Kotz H., Wagner G. Op. cit. S. 55.

3. Использование объективного масштаба для вины в целом

В соответствии с п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств" в обоснование отсутствия умысла должником, ответственность которого устранена или ограничена соглашением сторон, могут быть представлены доказательства того, что им проявлена **хотя бы минимальная степень заботливости и осмотрительности при исполнении обязательства**.

То есть, как отмечает Н.В. Тололаева, "Пленум ВС РФ акцентирует внимание на том, что понятие вины, в том числе умысла, в уголовном и гражданском праве отличаются. Для констатации вины должника в форме умысла в договорном споре не нужно устанавливать его психическое отношение к нарушению обязательства, например, то, что он желал нарушения обязательства и наступления неблагоприятных последствий для кредитора" <1>. Представляется, что такая же логика применима и к деликтным правоотношениям, а не только договорным. Таким образом, можно говорить о применении объективного масштаба и для установления умысла при причинении вреда.

<1> Тололаева Н.В. Признание сделки недействительной и ответственность по договору: разъяснения ВС РФ. М.: Акцион-Медиа М., 2017. С. 63 - 64.

Изложенное разъяснение Пленума ВС РФ пока еще не получило широкого обсуждения и детального анализа в литературе. Вместе с тем встречаются отдельные критические высказывания касательно такой объективизации. Так, Ю.Д. Жукова, процитировав п. 7 Постановления, отмечает, что, "иными словами, к критериям наличия или отсутствия умысла отнесено не что иное, как то же самое проявление заботливости и осмотрительности, что, разумеется, не выдерживает критики, принимая во внимание общепринятое содержание понятия "умысел" <1>.

<1> Жукова Ю.Д. Реализация принципа виновной ответственности членов органов управления хозяйственного общества: пути устранения противоречий // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2017. N 3 (СПС "КонсультантПлюс").

В то же время толкование, приданное умыслу постановлением ВС РФ, встречается и в европейской литературе. Так, в соответствии с теорией, предложенной еще в начале XX в. Ф. Эндеманном и Ф. Хеком, умысел и неосторожность различаются лишь степенью нарушения требований заботливости и осмотрительности. При этом умысел - объективно наивысшая степень нарушения мер заботливости и осмотрительности, соблюдение которых требовалось от должника <1>.

<1> См. об этом: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB // M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann (Hgs). Bd. II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. § 241 - 432. 1. Teilband: vor § 241 - 304. Mohr Siebeck. Tübingen, 2007. S. 1148 (M.J. Schermaier).

В целом объективизация понятия вины и неосторожности подвергается критике со стороны некоторых исследователей гражданско-правовой ответственности за причинение вреда <1>. Так, Х. Коциоль утверждает, что в соответствии с данными воззрениями участники оборота, обладающие способностями ниже среднего, по сути, отвечают за создание повышенной опасности в силу самого факта существования таких лиц, поскольку они обладают слишком малыми способностями <2>.

<1> См., например: Caemmerer E. von. Op. cit. S. 15 - 17.

<2> Koziol H. Op. cit. S. 595 - 599; Kolb K.M. Op. cit. S. 38 - 39.

Указывается также, что объективизация понятия неосторожности привела к тому, что в мире виновная и безвиновная ответственность зачастую приводят к одним и тем же результатам. Так, во Франции и Германии ответственность за вред, причиненный использованием автотранспортных средств, построена на безвиновном начале, а в Англии - на основе неосторожности, но при разрешении споров обнаруживается один и тот же результат. То же самое можно сказать и про французскую ответственность за подконтрольные вещи и обязанности участников оборота в Германии, с одной стороны, и английскую ответственность соседей - с другой. Судьи постоянно расширяют требования к заботливости и осмотрительности, возможно, даже не осознавая, что они вводят фактически безвиновную ответственность, поскольку опасность деятельности оказывается основанием не только для признания повышенной ответственности, но и для предъявления повышенных требований к поведению. Поэтому в настоящее время зачастую

весьма сложно найти разграничивающий критерий между данными двумя формами <1>.

<1> Jansen N. Principles of European Tort Law? Grundwertungen und Systembildung im europäischen Haftungsrecht. Rabel Z. Bd. 70 (2006). S. 741 - 744.

Вместе с тем нельзя не отметить, что применение объективного масштаба является наиболее оправданным с точки зрения защиты прав потерпевшего лица. Субъективные теории исходят из понимания принципа вины в этическом смысле, в соответствии с которым оценка неосторожности выражает моральный упрек. Однако данная концепция исходит из ложной предпосылки: посредством вины осуществляется не предъявление упрека определенному лицу, не осуждение, а вменение <1>. Если уголовное право задается вопросом о том, был ли причинитель в состоянии предотвратить вред исходя из своих собственных способностей, то гражданское право интересуется, было ли бы в состоянии его предотвратить разумно мыслящее сопоставимое лицо <2>.

<1> Klumpp S. Die Privatstrafe - eine Untersuchung privater Strafzwecke. Duncker & Humblot. Berlin, 2002. S. 178.

<2> Ibid. S. 179.

Кроме того, стоит согласиться с критикой, изложенной американским судьей О.В. Холмсом, который отмечал, что правовые стандарты являются стандартами общего применения, в связи с чем для права безразлично бесконечное множество индивидуальных особенностей субъектов оборота (уровень их интеллекта, образования, темперамент и т.д.), которые по-разному оказывают внутреннее влияние на их действия. Когда человек живет в обществе, он должен гарантировать определенный уровень поведения для всеобщего благосостояния <1>.

<1> Цит. по: Kotz H., Wagner G. Op. cit. S. 54 - 55.

Если обратиться к анализу отечественной судебной практики, то можно отметить следующее в отношении установления вины.

В соответствии с разъяснениями ВС РФ, изложенными в п. 12 Постановления Пленума от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" и в п. 5 Постановления Пленума от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств", установлена презумпция вины: отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство (п. 2 ст. 401 ГК РФ). По общему правилу лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Бремя доказывания своей невиновности лежит на лице, нарушившем обязательство или причинившем вред. Вина в нарушении обязательства предполагается, пока не доказано обратное.

Таким образом, потерпевший, обращаясь в суд с иском о возмещении вреда, должен доказать лишь наличие самого ущерба, противоправность действий ответчика и причинно-следственную связь между действиями ответчика и возникшим вредом. При этом ответчик вправе доказывать свою невиновность, т.е. соблюдение им необходимых в обороте мер заботливости и осмотрительности. Поскольку вина причинителя вреда предполагается, в судебных актах, как правило, не раскрываются мотивы соответствующих выводов о виновности или невиновности

лица, в связи с этим толкование судом пределов заботливости и осмотрительности в конкретном случае зачастую остается неясным.

Сомнительным представляется то, что суды иногда пытаются обосновать невиновность причинителя вреда виновностью самого потерпевшего, исследуя соблюдение требований заботливости и осмотрительности последним. Так, в одном из дел <1> в ходе проведения работ по очистке крыши жилого дома от снега была повреждена принадлежащая истцу рекламная вывеска, в связи с чем он обратился в суд с требованием о взыскании убытков. Разрешая спор, суд, во-первых, констатировал правомерность действий ответчика, учитывая правила и нормы технической эксплуатации жилищного фонда и направленность действий управляющей организации на обеспечение безопасного проживания граждан в многоквартирном доме, а во-вторых, положил в основу решения то, что истец не представил доказательств, подтверждающих обеспечение надлежащего состояния конструкций вывески, исключающего причинение вреда: надежность и устойчивость конструкции, жесткость креплений и т.д. То есть суд, не исследуя соблюдение требований заботливости и осмотрительности управляющей организации, фактически возложил на истца бремя доказывания его невиновности в том, что действия ответчика причинили ему вред. При этом даже в силу ст. 1083 ГК РФ грубая неосторожность потерпевшего может быть лишь основанием для уменьшения размера возмещения, ответственность может быть исключена только при его умысле. Кроме того, сомнительным видится и аргумент судов об отсутствии противоправности в действиях ответчика. Существование у управляющей компании права и обязанности осуществлять чистку кровли домов в зимнее время не может служить само по себе основанием для вывода об отсутствии необходимости соблюдать при этом соответствующие требования заботливости и осмотрительности. Тем более если бы вред был причинен жизни или здоровью физических лиц, представляется, что вряд ли кто-либо сделал подобный вывод о правомерности действий управляющей организации. Обязывание потерпевшего к доказыванию своей невиновности являлось основанием и для отмены судебных актов Судебной коллегией по гражданским делам ВС РФ <2>.

<1> [Постановление](#) Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.12.2017 по делу N А42-205/2017.

<2> Определения Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 12.12.2017 N 84-КГ17-8, от 17.10.2017 N 18-КГ17-166.

Кроме того, в практике как судов общей юрисдикции, так и арбитражных судов можно проследить определенную тенденцию ко все большей объективизации вины при возложении ответственности за вред, причиненный подконтрольными вещами, которые не обладают признаками источника повышенной опасности, однако требования к эксплуатации которых оказываются настолько строгими, что фактически невозможно доказать невиновность. Ответственность в таком случае возлагается на лицо, в собственности или в ведении которого находится соответствующее имущество, поскольку оно обязано обеспечивать его надлежащее содержание и необходимый контроль, в связи с чем принимает на себя и риски ответственности, связанные с этим имуществом <1>.

<1> См., например: Постановления Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19.08.2016 по делу N А45-2308/2015, от 13.05.2016 по делу N А27-8432/2015; [Постановление](#) Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 07.07.2015 по делу N А78-11314/2013; Постановления Арбитражного суда Уральского округа от 16.01.2018 по делу N А50-4234/2017, от 29.03.2017 по делу N А71-4765/2016; [Постановление](#) Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21.12.2017 по делу N А56-86531/2016; [Постановление](#) Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 07.11.2017 по делу N А53-647/2017; Апелляционное определение Приморского краевого

суда от 07.06.2017 по делу N 335624/2017, Апелляционное [определение](#) Воронежского областного суда от 17.10.2017 по делу N 33-7815/2017.

К числу классических случаев применения повышенного стандарта к требуемым мерам заботливости и осмотрительности в соответствии с изложенным подходом относится ответственность собственника помещения в многоквартирном доме и инженерных коммуникаций за причинение вреда в результате залива соседней квартиры <1>, ответственность управляющей организации за залив, произошедший в результате аварии на коммуникациях, относящихся к общему имуществу собственников помещений в многоквартирном доме <2>, ответственность лица, осуществляющего эксплуатацию определенного участка автомобильной дороги за вред, причиненный автотранспортным средствам вследствие образовавшихся недостатков дорожного покрытия <3> и др.

<1> Апелляционное [определение](#) Санкт-Петербургского городского суда от 12.09.2017 N 33-19366/2017 по делу N 2-354/2017; Апелляционное [определение](#) Московского городского суда от 08.11.2017 по делу N 33-45806/2017.

<2> [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 29.03.2017 по делу N А71-4765/2016; [Постановление](#) Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 21.11.2016 по делу N А43-17571/2015; Апелляционное [определение](#) Оренбургского областного суда от 20.09.2017 по делу N 33-6600/2017.

<3> [Постановление](#) Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 07.11.2017 по делу N А53-647/2017; Апелляционное [определение](#) Приморского краевого суда от 07.06.2017 по делу N 33-5624/2017.

При этом указанная категория дел составляет подавляющее большинство споров о возмещении вреда в российской судебной практике, и практически ни в одном из дел не была доказана невиновность, вывод о несоблюдении заботливости и осмотрительности делается уже из самого факта причинения вреда, связанного с вещью, поведение ответчиков зачастую даже не исследуется.

II. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЕННЫЙ ИСТОЧНИКОМ ПОВЫШЕННОЙ ОПАСНОСТИ

В настоящее время сформировалось уже несколько исключений из принципа ответственности за вину в гражданском праве, среди которых можно упомянуть, в частности:

- 1) ответственность владельцев источников повышенной опасности;
- 2) ответственность за недостатки в продукции;
- 3) ответственность за действия привлеченных лиц (работников).

Таким образом, у безвиновной ответственности отсутствует единый базис, она скорее представляет собой набор определенных специфических составов обязывания к возмещению вреда, каждый из которых имеет свое историческое и логическое обоснование <1>.

<1> Simons K.W. The Restatement (third) of torts and traditional strict liability: robust rationales, slender doctrines. Wake Forest L. Review. 1355. 2009. P. 1355 - 1356.

В настоящей работе предлагается, как уже упоминалось выше, ограничиться лишь

рассмотрением ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности.

При обосновании данного особого состава ответственности, при котором зачастую отсутствует свобода выбора между упречным и безупречным поведением, как правило, исходят из того, что тот, кто создает и эксплуатирует опасный объект и извлекает из этого прибыль, должен вне зависимости от собственной вины нести риск реализации не полностью контролируемых технических рисков. Безвиновная ответственность, по сути, является компенсацией за то, что кто-либо получает право извлекать преимущества из создания опасности для окружающих. При этом разрешается только абстрактное создание опасности, но не вмешательство в чужую правовую сферу <1>.

<1> См.: Weiss R. Op. cit. S. 96; Jansen N. Op. cit. S. 8; Caemmerer E. von. Reform der Gefahrdungshaftung: Vortrag. 1971. Berlin; N.Y.S. 15 - 19.

С точки зрения экономического анализа права ответственность образует статью учета в смете расходов и прибыли, определяющую косвенно поведение субъектов. Поскольку потери могут стать довольно серьезными, потенциальные причинители вреда всегда сталкиваются с вопросами о том, насколько выгодна им их деятельность экономически, превышает ли данная выгода расходы, связанные с возможным возмещением причиненного вреда. В результате строгая безвиновная ответственность будет вести к двум основным последствиям. Во-первых, потенциальный причинитель будет больше инвестировать средств в предупреждение вреда и повышение стандартов заботливости и осмотрительности. А во-вторых, уровень активности в данной сфере снизится, если расходы, связанные с принятием мер предосторожности и несением риска, будут чрезвычайно высоки <1>. То есть здесь речь идет о подсчете того, стоит ли игра свеч, а также делается акцент на предупреждении вреда.

<1> См., например: Kenneth W. Simons. The Restatement (third) of Torts and traditional strict liability: robust // 44 Wake Forest L. Rev. 1355 (2009). P. 1360.

Учитываются в качестве дополнительных факторов и некоторые процессуальные соображения, поскольку сложность механизма функционирования источника повышенной опасности дает возможность его владельцу в ряде случаев объяснить отсутствие своей вины, потерпевшему было бы трудно опровергнуть доводы, приводимые причинителем вреда в свое оправдание <1>.

<1> См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. С. 152; Белякова А.М. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1967. С. 15.

Итак, владелец источника повышенной опасности отвечает вне зависимости от вины, т.е. возмещает вред в том числе и при его случайном причинении. Например, был привлечен к ответственности водитель автотранспортного средства, несмотря на то что была установлена техническая невозможность предотвращения наезда на пешехода, лежавшего на проезжей части в состоянии алкогольного опьянения, степень которого при жизни квалифицировалась бы как тяжелое отравление <1>.

<1> Апелляционное определение Воронежского областного суда от 13.12.2016 N

338586/2016.

Вместе с тем в соответствии со [ст. 1079](#) ГК РФ можно выделить три основания для освобождения от ответственности владельца источника повышенной опасности:

- 1) причинение вреда в результате действия обстоятельств непреодолимой силы;
- 2) умысел самого потерпевшего;

3) выбытие источника повышенной опасности из обладания его владельца в результате противоправных действий третьих лиц.

При этом, если в первых двух случаях ответственность исключается вовсе, то в последнем речь идет только об освобождении от обязанности возместить вред одного лица (законного владельца) и переложении ее на другого - на лицо, противоправно завладевшее источником повышенной опасности.

Обратимся к рассмотрению данных категорий подробнее.

1. Непреодолимая сила

Непреодолимая сила является весьма неоднозначным понятием. Исследователи на протяжении не одного десятилетия отмечали, что едва ли в гражданском праве можно найти еще столь неясную категорию, как непреодолимая сила <1>. В связи с чем ее наличие до сих пор признается как российскими, так и европейскими судами в очень редких случаях, носящих, как правило, весьма драматический характер. Учитываются, например, с одной стороны, природные катастрофы, а с другой - какие-либо чрезвычайные действия третьих лиц <2>.

<1> Leonhard F. Hohere Gewalt, in Juristische Fakultät der Universität Marburg (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Traeger zum 70. Geburtstag (1926) 12 (12); Weiss R. Op. cit. S. 5.

<2> Weiss R. Op. cit. S. 5 - 6.

А. Экснер отмечал, что данное понятие досталось нам в наследство от римлян, которые, однако, не предоставили нам его описания <1>, что и привело к различным его интерпретациям, в том числе взаимоисключающим. Как отмечала Т.Б. Мальцман, века не внесли ясности и четкости в этот вопрос, и споры продолжают до сих пор <2>.

<1> Exner A. Der Begriff der höheren Gewalt (vis major) im römischen und heutigen Verkehrsrecht. 1883. S. 7 // Reprint. VDM Verlag. Saarbrücken. 2007.

<2> Мальцман Т.Б. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности: Дис. канд. юрид. наук. С. 82; Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе: Ирфон, 1972. С. 107.

При этом можно выделить две основные концепции толкования понятия "непреодолимая сила": субъективную и объективную. Первоначально господствовал именно субъективный подход (его сторонниками были Л. Гольдшмидт, Б. Виндшейд, Г. Дернбург и др.), который был сменен во второй половине XIX в. объективной концепцией (А. Экснер, М. Рюмелин, Л. Эннекерус, Г. Ниппердей). Рассмотрим данные теории подробнее.

В соответствии с воззрениями сторонников субъективного подхода непреодолимая сила

представляет собой противоположность вине и охватывает любые природные события или действия третьих лиц, которые невозможно было предотвратить, несмотря на соблюдение чрезвычайных и требуемых в соответствии с конкретной обстановкой мер заботливости и осмотрительности. При этом утверждалось, что данное понятие нельзя определить объективным и универсальным образом, поскольку основным признаком непреодолимой силы - непредотвратимость вредоносного результата всегда подлежит установлению от случая к случаю на основе судебного усмотрения.

Данная концепция была сильно раскритикована за практически неопределенное повышение требований заботливости и осмотрительности и чрезмерный учет индивидуальных обстоятельств и оценок, что влекло правовую неопределенность. В этой связи, основываясь на том, что судье необходимо дать формальный и абстрактный масштаб для оценки, появился объективно ориентированный подход <1>.

<1> Weiss R. Op. cit. S. 22 - 25.

Один из основоположников последней концепции А. Экснер отмечал, что необходимо отказаться от непредотвратимости как критерия непреодолимой силы, поскольку, во-первых, нет непредотвратимых опасностей самих по себе. Так, даже уничтожение товара вследствие землетрясения можно было бы избежать, вывезя его из опасной зоны. Кроме того, неизбежно разграничение несчастных случаев, которые обычно непредотвратимы и которые непредотвратимы только в исключительных случаях. Но если попытаться их классифицировать в указанные две группы, то нужно знать лицо, которое сталкивается с соответствующими обстоятельствами, поскольку, как утверждает автор, например, удар кита, как правило, легко предотвратим и безвреден для атлантического почтового парохода, но может стать губительным для небольшого деревянного судна. В связи с этим необходимо будет учитывать различные категории предприятий для установления непредотвратимости и отдельно устанавливать для конкретной группы то, что является для них чрезвычайным, но тогда классификацию и индивидуализацию можно будет проводить до бесконечности, что недопустимо <1>.

<1> Exner A. Op. cit. S. 16 - 17.

Кроме того, определенные абсолютно непредотвратимые события могут порой относиться к общему случаю, в то время как действительные обстоятельства непреодолимой силы в конкретной ситуации могут быть предотвратимы, не теряя при этом характера непреодолимой силы. Автор разъясняет указанный тезис с помощью примера пожара в магазине. Если он возник "изнутри", т.е. вследствие, например, неосторожного обращения с огнем работниками, то здесь нет обстоятельства непреодолимой силы вне зависимости от того, предотвратим пожар или нет. Непреодолимой силой, по утверждению А. Экснера, может быть названо только внешнее событие, т.е. если возгорание произошло, например, от удара молнии, бомбардировки и др. В связи с чем непредотвратимость является обычным, но не всегда необходимым качеством обстоятельств непреодолимой силы.

На основании изложенного ученый определяет непреодолимую силу как событие, которое:

- 1) является внешним по отношению к предприятию;
- 2) является чрезвычайным и не относится к привычным, встречающимся в ходе обычной жизни событиям по своему виду и силе воздействия.

Первый критерий необходим для того, чтобы исключить несчастные случаи, связанные с

деятельностью определенного предприятия, ответственность за которые участник гражданского оборота принимает на себя вместе с его прибылью в качестве риска. При этом к внешним обстоятельствам автор отнес, с одной стороны, природные события, а с другой - действия лиц, которые не являются ни персоналом предприятия, ни пассажирами.

Для установления чрезвычайности необходимо различать события, которые периодически в том или ином виде повторяются в обороте в ходе нормального течения жизни, и события, которые рассматриваются как нечто очень необычное и из ряда вон выходящее, поскольку они явно и чрезвычайно превосходят рамки привычного. Риск наступления событий первого рода соответствующие затронутые лица должны взять на себя, поскольку они могут принять их в расчет заранее.

В результате понятие "непреодолимая сила" носило очень узкий характер и могло быть использовано в качестве обстоятельства, освобождающего от обязанности возместить вред лишь в очень ограниченном числе случаев, за что и упрекали концепцию А. Экснера, говоря о ее несправедливости по отношению к ответственному лицу.

Стоит отметить, среди сторонников объективного подхода в целом не существовало единства мнений относительно того, какие объективные элементы должны быть использованы для определения понятия "непреодолимая сила": чрезвычайность, внешний характер происхождения обстоятельства или непредотвратимость. Различные исследователи по-разному воспринимали значение данных факторов. В результате в дальнейшем произошло смешение данных взглядов, и господствующее мнение учитывает признаки, свойственные как объективному, так и субъективному подходу <1>.

<1> Weiss R. Op. cit. S. 38 - 39.

В настоящее время в литературе выделяются следующие основные признаки непреодолимой силы:

1) чрезвычайность, т.е. только весьма необычное, из ряда вон выходящее событие может быть отнесено к непреодолимой силе. При этом понятие чрезвычайности является относительным. Так, как правило, погодные условия сами по себе не могут быть признаны обстоятельством непреодолимой силы, для этого нужны какие-либо дополнительные обстоятельства;

2) внешний характер происхождения обстоятельств непреодолимой силы, т.е. данные обстоятельства есть результат причин, лежащих вне сферы деятельности ответственного лица, но тем не менее оказывающих определенным образом влияние на его деятельность. Данное требование вытекает из того, что участник гражданского оборота сам несет ответственность за риски, связанные с функционированием его предприятия, и не отвечает только за то, что находится вне его сферы;

3) непредвидимость: непреодолимая сила всегда выступает для причинителя вреда в качестве случайного обстоятельства. Если обязанное или иное разумно действующее лицо могло его предвидеть и избежать его вредоносного влияния, то нельзя вести речь о наличии события, исключającego ответственность;

4) непредотвратимость: для освобождения от ответственности необходимо установить, что любое сопоставимое по роду и условиям деятельности лицо не было бы в состоянии предотвратить эти обстоятельства <1>.

<1> Kaden E.-H. Zufall und höhere Gewalt im deutschen, schweizerischen und französischen Recht. Rabels Z. 1967. Heft 4. S. 616 - 617.

При этом непредвидимость и непредотвратимость являются категориями, свойственными субъективной концепции понятия непреодолимой силы, однако используются и при объективном его толковании, поскольку для исключения ответственности вредоносный результат должен быть причинен без предшествующей или сопутствующей вины обязанных лиц, которые обусловили данный результат. То есть если, например, установлено, что причиной гибели судна наряду со штормом являлся его выход в рейс в аварийном состоянии, то шторм нельзя признать обстоятельством непреодолимой силы, освобождающим от обязанности возместить вред <1>.

<1> Туманов В.А. "Случай" и "непреодолимая сила" в советском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1951. С. 143 - 144. См. также о непредвидимости в контексте установления наличия обстоятельств непреодолимой силы: Дождев Д.В. [Объективные критерии освобождения от ответственности в гражданском праве](#) // Гражданское право. 2017. N 2. С. 14 - 17 (СПС "КонсультантПлюс").

Таким образом, при определении обстоятельств непреодолимой силы поведение определенного лица и действие источника повышенной опасности не исключаются из сферы юридически значимых обстоятельств, а им дается оценка как одному из сопутствующих факторов, повлекших результат <1>.

<1> Туманов В.А. Указ. соч. С. 142.

Рассмотрев основные теоретические положения, мы предлагаем обратиться к анализу судебной практики.

Суды, руководствуясь [ст. 401](#) ГК РФ, квалифицируют обстоятельство в качестве непреодолимой силы при одновременном наличии следующих ее существенных характеристик: чрезвычайности и непредотвратимости.

Как указано в [п. 8](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств", требование чрезвычайности подразумевает исключительность рассматриваемого обстоятельства, наступление которого не является обычным в конкретных условиях. Если иное не предусмотрено законом, обстоятельство признается непредотвратимым, если любой участник гражданского оборота, осуществляющий аналогичную с должником деятельность, не мог бы избежать наступления этого обстоятельства или его последствий. Не могут быть признаны непреодолимой силой обстоятельства, наступление которых зависело от воли или действий стороны обязательства, например отсутствие у должника необходимых денежных средств, нарушение обязательств его контрагентами, неправомерные действия его представителей.

Таким образом, на уровне разъяснений ВС РФ закреплены следующие признаки непреодолимой силы:

- 1) чрезвычайность;
- 2) непредотвратимость;
- 3) внешний характер, независимость от воли или действий стороны обязательства.

Дела, в которых признано наличие обстоятельств непреодолимой силы, носят единичный характер. Например, установлены основания для освобождения от ответственности при размывии и прорыве водоудерживающей дамбы отстойника оборотного водоснабжения паводковыми водами в результате ледяного затора на реке <1>, прорыва дамбы водохранилища в связи с обильным выпадением осадков за короткий промежуток времени, превышающих в несколько раз месячные нормы. Но стоит отметить, что в то же время в обоих случаях суды отклонили доводы истцов о том, что ответчики являются владельцами источников повышенной опасности.

<1> [Определение](#) ВАС РФ от 18.09.2013 N ВАС-12213/13 по делу N А27-16856/2012.

Суды привлекают к ответственности владельцев источников повышенной опасности и отказывают в квалификации в качестве непреодолимой силы, например, следующих обстоятельств:

- неисправность автомобиля, вследствие наличия которой при сложных погодных условиях произошел занос с разворотом на полосу встречного движения и последующее дорожно-транспортное происшествие <1>;

- сильный гололед, послуживший причиной дорожно-транспортного происшествия, поскольку его образование распространено, часто повторяющееся, обычное природное явление, не являющееся аномальным в зимнее время, а потому водитель транспортного средства мог принять во внимание наличие гололеда при выборе скоростного режима <2>;

- инсульт водителя автомобиля, не обладающий признаками внезапности, поскольку у него утром уже наблюдались признаки развивающегося инсульта, которые были оставлены им без внимания, хотя он страдал гипертонической болезнью и сахарным диабетом <3>.

<1> [Постановление](#) ФАС Центрального округа от 10.09.2010 по делу N А08-9972/2009-28. См. также: [Постановление](#) Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 19.04.2017 по делу N А39-4106/2016.

<2> [Определение](#) Ленинградского областного суда от 21.08.2014 N 33-3700/2014 по делу N 2-11/2014.

<3> Апелляционное [определение](#) Санкт-Петербургского городского суда от 13.05.2014 N 33-7219/2014 по делу N 2-29/2014.

Иногда суды для обоснования существования обстоятельств непреодолимой силы считают необходимым представление доказательств того, что наличествовали стихийные бедствия (землетрясения, наводнения и т.п.), а также действия и события общественного характера (война, крупномасштабные забастовки, массовые волнения, запретительные меры, принимаемые государственными органами, международными организациями, и т.д.), повлиявшие на действия владельца источника повышенной опасности <1>.

<1> Апелляционное определение Вологодского областного суда от 02.08.2013 N 333488/2013; [Постановление](#) Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.12.2016 по делу N А09-15349/2015.

Таким образом, в судебной практике нашли отражение основные признанные доктриной признаки непреодолимой силы. При этом суды с большой осторожностью относятся к

применению данной категории, в связи с чем освобождение от ответственности по данному основанию сводится практически к минимуму, а непреодолимая сила в соответствии с советской традицией рассматривается как понятие, равнозначное явлению стихийного порядка <1>.

<1> Туманов В.А. Указ. соч. С. 135 - 140.

2. Умысел потерпевшего

Следует отметить, что в настоящее время на уровне ВС РФ имеются два разъяснения умысла: уже упомянутый [п. 7](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 N 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств", в котором умысел связывается с непрявлением лицом минимальной степени заботливости и осмотрительности, а также [п. 23](#) Постановления Пленума ВС РФ от 26.01.2010 N 1 "О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина", в соответствии с которым под умыслом потерпевшего следует понимать такое его противоправное поведение, при котором потерпевший не только предвидит, но и желает либо сознательно допускает наступление вредного результата (например, суицид). То есть в последнем случае умысел понимается с психологической точки зрения в качестве намерения лица. При этом в настоящее время судебная практика складывается именно на основе данной правовой позиции. Несоблюдение минимальных требований заботливости и осмотрительности суды квалифицируют в качестве грубой неосторожности, являющейся основанием лишь для уменьшения размера возмещения. Например, размер компенсации, подлежащей выплате владельцем источника повышенной опасности, был снижен, учитывая, что потерпевший, пребывая в состоянии алкогольного опьянения, находился на близком расстоянии от железнодорожных путей и нарушил правила личной безопасности на территории источника повышенной опасности <1>, а потерпевший переходил железнодорожные пути в неустановленном для этого месте перед прибывающим поездом <2>.

<1> Апелляционное определение Московского городского суда от 22.09.2017 N 3338020/2017.

<2> Апелляционное [определение](#) Московского городского суда от 08.09.2017 по делу N 33-29887/2017.

3. Противоправное поведение третьих лиц

Введение анализируемого обстоятельства исключения ответственности вызвано тем, что данное лицо в результате противоправных действий третьих лиц теряет реальный контроль над функционированием и использованием объекта, в связи с чем его действия считаются не связанными с причинением вреда, за исключением случаев, когда его собственное поведение способствовало изъятию соответствующего объекта.

В соответствии с [абз. 4 п. 8](#) Постановления Пленума ВС РФ от 30.11.2017 N 49 "О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении вреда, причиненного окружающей среде" по смыслу [п. 2 ст. 1079](#) ГК РФ владелец источника повышенной опасности не отвечает за вред, причиненный этим источником, если докажет одновременное наличие двух условий: источник повышенной опасности выбыл из его обладания в результате противоправных действий других лиц и при этом отсутствует вина владельца источника повышенной опасности в противоправном изъятии этого источника из его обладания (в частности, в силу существования (предоставления), доступа к нему третьих лиц, отсутствия надлежащей охраны и др.).

При этом в соответствии с абз. 2 п. 8 данного разъяснения ВС РФ владелец нефтепровода отвечает за вред окружающей среде, причиненный вследствие осуществления третьими лицами незаконной врезки в нефтепровод. В данном случае непосредственно самим владельцем источника повышенной опасности не совершается действий, направленных на причинение вреда. Вместе с тем он привлекается к ответственности вследствие реализации опасных свойств источника повышенной опасности, поскольку такой объект, как нефтепровод, вообще не может выбыть из владения его владельца, в связи с чем не подлежит применению условие об исключении ответственности, предусмотренное п. 2 ст. 1079 ГК РФ.

Кроме того, суды не квалифицируют в качестве противоправного завладения источником повышенной опасности, например, использование источника повышенной опасности лицом, состоящим в трудовых отношениях с его владельцем, в нерабочее время и не при исполнении служебных обязанностей в личных целях <1>.

<1> Рекомендации Научно-консультативного совета Федерального арбитражного суда Уральского округа, постановления Президиума, обзоры судебной практики и итоговые справки по вопросам, возникающим из гражданских и иных правоотношений (2008 - 2013) // СПС "КонсультантПлюс"; Постановление ФАС Центрального округа от 21.02.2012 по делу N А14-6415/2011.

Напротив, факт противоправного выбытия из владения был установлен в случае, при котором работник тайно проник на территорию склада и, когда охранник отлучился, без разрешения взял ключи от машины и выехал с охраняемой территории в личных целях <1>.

<1> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 27.07.2010 по делу N А56-54790/2009.

Интересно, что нередко суды для установления факта противоправного изъятия требуют представления доказательств противоправности действий и виновности лица, завладевшего источником повышенной опасности, которыми могут быть признаны постановления (приговоры) должностных лиц, занимающихся рассмотрением такого рода дел, приказы о привлечении данного лица к ответственности, изданные в рамках самого предприятия и др. <1> Так, было признано в качестве основания для неприменения п. 2 ст. 1079 ГК РФ то, что расследование по возбужденному уголовному делу по признакам угона железнодорожного подвижного состава не окончено, а до соответствующего приговора составитель поездов считается невиновным <2>.

<1> Постановление ФАС Поволжского округа от 28.01.2014 по делу N А57-20201/2012.

<2> Постановление ФАС Московского округа от 08.05.2014 по делу N А40-98284/2013.

Кроме того, следует учитывать, что в силу п. 2 ст. 1079 ГК РФ при наличии вины владельца источника повышенной опасности в противоправном изъятии этого источника из его обладания ответственность может быть возложена как на владельца, так и на лицо, противоправно завладевшее названным источником. При этом вина владельца источника повышенной опасности может состоять в том, что, например, транспортное средство не охранялось в момент угона, ключ зажигания находился в замке автомобиля, сам автомобиль был открыт для проникновения в него <1>. Виновным в завладении автомобилем было признано также лицо, которое, выйдя из машины, оставило в ней одного фактического причинителя вреда, который впоследствии пересел на водительское кресло, уехал в личных целях и попал в дорожно-транспортное происшествие <2>. Кроме того, суды исходят из виновности владельца источника повышенной опасности в том,

что после окончания рабочего времени работник беспрепятственно воспользовался транспортным средством для личных целей, поскольку работодателем не был осуществлен должный контроль за действиями на работника по использованию служебного транспорта <3>.

<1> [Постановление](#) ФАС Северо-Западного округа от 13.08.2010 по делу N A52-2156/2009.

<2> [Постановление](#) ФАС Поволжского округа от 03.03.2014 по делу N A65-4224/2013.

<3> [Постановление](#) Второго арбитражного апелляционного суда от 29.11.2013 по делу N A82-1707/2013.

Таким образом, суды крайне редко прибегают к освобождению владельца источника повышенной опасности от ответственности. В большинстве случаев достаточно факта причинения вреда для признания обязанности по его возмещению. В связи с чем можно согласиться с Э. Дойчем, который отмечал, что, когда речь идет об ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, суды невольно стремятся минимизировать возможности избежать ответственности и ищут как можно более объективное основание для исключения обязанности компенсировать ущерб <1>.

<1> Deutsch E. Allgemeines Haftungsrecht. Rz. 696; Weiss R. Op. cit. S. 22.

Заключение

Подводя итог, можно сделать вывод, что происходящая объективизация понятия вины ведет ко все большему стиранию четких границ между виновной и безвиновной ответственностью.

Интересно, что в литературе указывается в том числе на отсутствие необходимости в настоящее время в проведении явного раздела субъективных условий ответственности: вины, создания повышенной опасности для окружающих и т.д. Так, М. Шермайер отмечает, что гражданское право не ставит своей целью наказать какое-либо лицо. Его предназначение состоит в примирении противостоящих интересов и возмещении имущественных потерь, в связи с чем в гражданском праве ответственным делает не вина и нарушение требований заботливости и осмотрительности, а поведение, которое может быть вменено лицу. Исходя из этого он сформулировал три этапа установления наличия обязанности возместить вред.

1. Объективное вменение.

Поскольку ответственность ограничивает свободу действий, а свобода выражается прежде всего в собственном поведении, то и ответственность должна быть связана с поведением. Произошедшее становится поведением лица, только когда оно связано с его волей, которая оценивается не с точки зрения вины, не установления злых или добрых помыслов лица, а с точки зрения телодвижения: было ли оно осуществлено по воле субъекта или нет. Тем самым разграничивается деяние и случайность (например, причинение вреда непроизвольными действиями, под воздействием гипноза).

2. Установление причинно-следственной связи между поведением и вредоносным результатом.

3. Установление упречности поведения - критерия, который свидетельствует за или против обременения причинителя неблагоприятными имущественными последствиями.

При этом упречность понимается в широком смысле и не ограничивается лишь виной.

Данное понятие объединяет в себе все критерии, которые могут иметь значение для распределения вреда: нарушение требований заботливости и осмотрительности, разрешенное создание опасности, принятый риск, предвидимость и подконтрольность и др. <1>

<1> См., подробнее: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB // M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann (Hgs). Bd. II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil. § 241 - 432. 1. Teilband: vor § 241 - 304. Mohr Siebeck. Tubingen, 2007. S. 1055 - 1061 (M.J. Schermaier).

На первый взгляд изложенная идея кажется весьма интересной. Она устраняет необходимость в постоянном расширении понятия вины, его объективизации, приспособлении к новым реалиям для обеспечения справедливого "выравнивания" правового положения сторон, что часто наблюдается в настоящее время. Кроме того, она позволяет объединить существующие сегодня различные субъективные условия ответственности, учитывая, что, как отмечалось выше, у безвиновной ответственности отсутствует единый базис, в каждом случае имеется какое-либо свое основание возмещения вреда. Вместе с тем указанная концепция требует дополнительного осмысления, поскольку с ней связана опасность перехода к так называемому принципу конкретной справедливости, о котором писал еще И.А. Покровский, т.е. к "отказу от всяких "принципов", к предоставлению всего на усмотрение судьи" <1>, а это, в свою очередь, может угрожать правовой определенности.

<1> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2009. С. 288 // Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг.: Изд. Юрид. книжного склада "Право", 1917.

Н.В. ТОЛОЛАЕВА

**КУМУЛЯТИВНЫЙ ПЕРЕВОД ДОЛГА И ПОРУЧИТЕЛЬСТВО:
СООТНОШЕНИЕ ИНСТИТУТОВ**

В результате реформы главы ГК РФ о перемене лиц в обязательстве в [п. 3 ст. 391](#) ГК РФ прямое законодательное закрепление получила конструкция кумулятивного перевода долга. В статье раскрываются основные характеристики этого института и проводится его сравнение с поручительством.

Correlation between Cumulative Transfer of a Debt and Suretyship

N.V. Tololaeva

As a result of the reform of the Russian Civil Code chapter on substitution of parties in an obligation in clause 3, Article 391 of the Russian Civil Code, the cumulative transfer of a debt was enshrined legislatively. This article reveals main characteristics of this institute and compares it with suretyship.

Одним из классических способов минимизации рисков кредитора, связанных с несостоятельностью должника, является институт солидарной множественности должников. Если кредитор обладает правом требования не к одному, а к нескольким лицам, удовлетворение одного экономического интереса обеспечивают сразу несколько имущественных масс. Таким образом, риск банкротства одного из должников лежит не на кредиторе, а на других должниках. Кредитор же сможет получить полное удовлетворение до тех пор, пока хотя бы один из должников останется платежеспособным <1>.

<1> Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Пер. с нем. В. Фукс и Н. Мандро. М., 1876. С. 150; Бернгефт Ф., Колер И. Гражданское право Германии / Пер. с нем. Б.М. Брамсона, С.О. Добрина, Е.Е. Карасова, В.В. Нечаева. СПб., 1910. С. 228; Medicus D., Lorenz St. Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. 20. Aufl., Munchen, 2012. S. 425 - 426; Meier S. § 420 - 432 / I Merheit von Schuldner // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. § 241 - 432. 2. Teilband. § 305 - 432. Tubingen, 2007. S. 2397; Esser J. Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil. Karlsruhe, 1960. S. 443; Selb W. Mehrheit von Glaubigern und Schuldner. Tubingen, 1984. S. 26 - 27; Weiss A.W. Solidaritat nach Art. 143 - 149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjahung. Zurich - Basel - Genf, 2011. S. 21 - 22; Борзова К. Солидарные обязательства в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1952. С. 17; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. I. М., 2011. С. 449 (автор [гл. 11](#) - Е.А. Суханов); Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. II. М., 2011. С. 51 - 52 (автор [гл. 29](#) - Е.А. Суханов).

Если говорить о возникновении солидаритета по воле сторон, то наиболее проработанным и распространенным в отечественной практике способом "добавить" еще одного должника, обеспечивающего исполнение обязательства принадлежащей ему имущественной массой, является заключение кредитором с этим должником договора поручительства ([ст. 361 - 367](#) ГК РФ). Однако договор поручительства не единственный способ добровольного создания пассивной солидарной множественности лиц.

При заключении договора кредитор и несколько должников могут договориться о том, что должники являются солидарными должниками (соглашение о множественности должников, заключаемое при установлении обязательства, - [ст. 322](#) ГК РФ). Например, в договоре займа кредитор К и два должника Д1 и Д2 договариваются о том, что Д1 и Д2 являются созаемщиками, т.е. К может требовать возврата всей суммы займа от любого из должников.

Кроме того, при наличии волеизъявления кредитора, должника <1> и третьего лица уже после возникновения обязательства между кредитором и должником это третье лицо и должник могут обязаться солидарно за то предоставление, к которому изначально был обязан только первоначальный должник. Таким образом, третье лицо станет еще одним (новым) должником. Эта конструкция "вступления" или "добавления" нового солидарного должника получила название "кумулятивный перевод долга" <2>.

<1> Вопрос о том, необходимо ли волеизъявление первоначального должника на совершение кумулятивного перевода долга, является спорным в европейских правовых порядках. См.: сравнительно-правовую справку (notes) к [ст. III.-5:202](#), [III.-5:208](#) DCFR. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition. Vol. 2. Ed. Von Bar C., Clive E. Munich, 2009. P. 1082 - 1083, 1099. По российскому праву согласие должника на заключение как кумулятивного перевода долга, так и поручительства не требуется.

<2> Агарков М.М. Перевод долга (ст. 126 и 127 ГК РСФСР) // Избр. труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1: Социальная ценность частного права и отдельных институтов общей части гражданского права. М., 2012. С. 230 - 245 (по изд. 1922 г.); Новоселова Л.А. [Кумулятивное принятие долга и поручительство](#) // Практика применения общих положений об обязательствах: Сб. ст. / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 194 - 206; Дорохов А.И. [Соотношение кумулятивного принятия долга и поручительства](#) // Опыты цивилистического исследования: Сб. ст. / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 2. М., 2018. С. 103 - 104. Эта терминология воспринята также Пленумом ВС РФ. См.: [п. 26](#) Постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 N 54 "О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании

сделки" (далее - Постановление от 21.12.2017 N 54).

Реформа ГК РФ в части перемены лиц в обязательстве <1> актуализировала для отечественного правопорядка проблематику кумулятивного перевода долга. В **п. 3 ст. 391** ГК РФ прямо закреплена возможность **кредитору и третьему лицу** заключить соответствующее соглашение.

<1> Федеральный **закон** от 21.12.2013 N 367-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации".

Ранее возможность заключения соглашения о кумулятивном переводе долга **при наличии волеизъявлений кредитора, должника и третьего лица** признавалась судебной практикой на основе принципа свободы договора (**ст. 421** ГК РФ). В рамках **Определения** от 03.12.2015 N 310-ЭС14-8672 Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ, отвечая на вопрос о том, допустимо ли последующее, а не изначальное присоединение солидарного должника к обязательству, т.е. возможен ли кумулятивный перевод долга по российскому праву, приходит к выводу о действительности такого соглашения. В обоснование этого тезиса приводится следующее рассуждение: "Положения Гражданского кодекса, действовавшие на момент заключения трехстороннего соглашения от 18.12.2012, не исключали возможности совершения сделок, по которым кредитор в результате перевода долга приобретал требование к новому должнику, не утрачивая при этом права в отношении первоначального должника. Так, гражданское законодательство не содержало запрета на присоединение нового должника к ранее возникшему **обязательству**, которое в результате такого присоединения **трансформировалось в обязательство с множественностью лиц на стороне должника**" (выделено мной. - Н.Т.) <1>, <2>.

<1> Стоит отметить, что данный судебный акт является ярким примером столкновения теории единства и теории множественности солидарных обязательств в отечественном правопорядке. При ответе на вопрос о допустимости кумулятивного перевода долга Судебная коллегия использует терминологию теории единства. С другой стороны, говоря о частном эффекте соглашений, заключенных кредитором с одним из солидарных должников, Судебная коллегия ссылается на **п. 3 ст. 308** ГК РФ, повторяя, что "обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (третьих лиц)". Таким образом, Судебная коллегия называет второго должника третьим лицом в обязательстве кредитора и первого должника, что соответствует теории множественности солидарных обязательств. Подробнее о теориях солидаритета и их воплощении в российском праве см.: Тололаева Н.В. **Модель пассивных солидарных обязательств** // Вестник гражданского права. 2016. N 2. С. 7 - 36.

<2> **Постановление** от 21.12.2017 N 54 признает самостоятельность конструкции кумулятивного перевода долга как при наличии трех волеизъявлений (**ст. 421** ГК РФ), так и по соглашению между кредитором и третьим лицом (**п. 3 ст. 391** ГК РФ) и формулирует некоторые правовые позиции, касающиеся этого института. Соглашение о кумулятивном переводе долга на основе принципа свободы договора без прямого законодательного регулирования признается в Германии (см., напр.: Meyer-Pritzl R. § 414 - 418. Schuldubernahme // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. В. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. § 241 - 432. 2. Teilband: § 305 - 432. Tübingen, 2007. S. 2370) и Швейцарии (см., напр.: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. В. II. / begründet von Gauch P. Schluerp W.R., weitergeführt von Schmid J., Rey H., bearbeitet von Schmidt J., Emmenegger S. 10. Aufl. ergänzt, verbessert und nachgeführt von Emmenegger S. Zurich, 2014. S. 314). Подробное регулирование этого института содержится в негосударственных сводах гражданского права. См., напр.: **ст. III.-5:201 - III.-5:209** DCFR, **ст. 9.2.1 - 9.2.8** PICC. PECL отказались от регулирования этого

института со ссылкой на то, что при кумулятивном переводе долга не возникает каких-либо специфических проблем. См.: Baum Marcus. Schuldubernahme // Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. B. II / herausgegeben von Basedow J., Hopt K.J., Zimmermann R. Tübingen, 2011. S. 1380.

Несложно заметить существенную схожесть поручительства, соглашения о множественности при установлении обязательства и соглашения о кумулятивном переводе долга. Все эти договоры имеют одну конечную цель - обеспечить исполнение обязательства путем добавления имущественной массы, на которую можно обратиться взыскание в случае неисполнения <1>. Вместе с тем заключение каждого из этих соглашений создает различный правовой режим отношений, складывающихся между кредитором и солидарными должниками (внешние отношения), а также солидарных должников между собой (внутренние отношения) <2>. Регулирование обязательств, возникающих из договора поручительства, содержит правила, направленные на защиту поручителя. Подобные правила отсутствуют при регулировании других упомянутых конструкций.

<1> Впрочем, как и любые солидарные обязательства. См.: сн. 1.

<2> Нестандартная концепция поручительства представлена в статье Н.В. Козловой и С.Ю. Филипповой. См.: Козлова Н.В., Филиппова С.Ю. [Гражданско-правовая квалификация отношений при поручительстве: основания возникновения, содержание и правовая природа](#) // Закон. 2018. N 9. С. 150 - 154. Авторы рассматривают пять вариантов квалификации правового положения поручителя в правоотношении с участием должника и кредитора (должник и поручитель выступают содолжниками, основное и обеспечительное обязательства являются самостоятельными, поручитель является третьим лицом в основном обязательстве, обязательство является факультативным с долевой множественностью лиц, договор является сделкой под отлагательным условием). Несложно заметить, что первые три варианта не противоречат друг другу и не являются самостоятельными, а логически вытекают один из другого: обязательства поручителя и основного должника являются самостоятельными обязательствами, поэтому поручитель является третьим лицом для обязательства основного должника, а поскольку это два самостоятельных обязательства, направленные на удовлетворение одного экономического интереса, между ними может быть установлен солидаритет. Вместе с тем авторы отрицают этот подход, на котором основана настоящая статья, и высказывают позицию, согласно которой между кредитором и поручителем, с одной стороны, и должником и поручителем - с другой существует единое факультативное обязательство с долевой множественностью, где обязательство между должником и кредитором является основным, а обязательство поручителя уплатить деньги - дополнительным. Развернутая критика данного подхода требует самостоятельной публикации. Однако можно заметить, что он противоречит сложившемуся гражданско-правовому понятийному аппарату. Долевая множественность противопоставляется солидарной по критерию объема прав кредитора в отношении каждого из должников: требовать в полной сумме долга или в частях от долга. С этой точки зрения обязательства основного должника и поручителя не могут быть долевыми. Даже в том случае, если поручитель обяжется в части долга основного должника, в этой части оба обязательства будут солидарными. Согласно [ст. 308.2](#) ГК РФ факультативным признается обязательство, по которому должнику предоставляется право заменить основное исполнение другим (факультативным) исполнением, предусмотренным условиями обязательства. В случае если должник осуществляет свое право на замену исполнения, предусмотренного условиями обязательства, кредитор обязан принять от должника соответствующее исполнение по обязательству. Наличие у должника права на замену означает, что факультативное предоставление не входит в содержание обязательства, и кредитор никогда не вправе его требовать, в том числе в период просрочки должника. Кроме того, наличие у должника права заменить исполнение означает, что он не будет нести ответственность за замену и не попадет в просрочку в случае замены (см., напр.: Витрянский В.В. [Реформа российского гражданского законодательства](#): промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М., 2018 (СПС "КонсультантПлюс"); Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307 -

453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017; [Комментарий к ст. 308.2 ГК РФ](#) (СПС "КонсультантПлюс") (автор комментария - А.А. Павлов). Этот вывод подтвержден судебной практикой. См.: [п. 48 Постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 N 54 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении"](#) (далее - Постановление от 22.11.2016 N 54). Эти посылки не выполняются для обязательства поручителя. А подчинение поручительства этим правилам лишает его практической значимости.

Обратимся к различиям данных институтов по действующему российскому праву.

1. Форма

Согласно [ст. 362 ГК РФ](#) договор поручительства должен быть совершен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора поручительства. Для соглашения о множественности при установлении обязательства и кумулятивного перевода долга такого последствия несоблюдения простой письменной формы законом не установлено. Следовательно, стороны подобного соглашения не смогут ссылаться на свидетельские показания, но договор является действительным ([п. 1 ст. 162 ГК РФ](#)).

2. Содержание обязательства

Вопрос о содержании обязательства поручителя долго дискутировался в отечественной науке. Исходя из буквального толкования [п. 1 ст. 361 ГК РФ](#) и разъяснений высшей судебной инстанции Российской Федерации в действующем российском праве содержанием обязательства поручителя является ответственность за неисполнение обязательства основным должником. Таким образом, кредитор не вправе требовать от поручителя исполнения обязательства в натуре. Содержанием обязательства должника, изначально обязавшегося к солидарному исполнению или кумулятивно принявшего долг, является и долг, и ответственность. То есть новый должник наряду с основным должником является обязанным к определенному поведению в отношении кредитора, и кредитор может требовать исполнения в натуре как от первоначального должника, так и от нового <1>.

<1> Описание возможных конструкций поручительства, а также обзор литературы по этому вопросу см.: Белов В.А. Поручительство: опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. М., 1998. С. 21 - 30; Бевзенко Р.С. Новеллы судебной практики в сфере поручительства. [Комментарий](#) к Постановлению Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. N 42 "О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством" // Вестник ВАС РФ. 2012. N 11. С. 49 - 55; Кашников Н.Б. [Теоретические конструкции поручительства](#) в российском праве // Вестник гражданского права. 2015. N 6. С. 94 - 120; Перунов Д.Ф. [Система правоотношений в поручительстве](#) // Опыт цивилистического исследования: Сб. ст. / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М., 2016. С. 272 - 309; Дорохов А.И. [Указ. соч.](#) С. 119 - 144 и приведенная в этих источниках литература. См.: [п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 N 42 "О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством"](#), согласно которому поручитель не является содолжником в обеспеченном поручительством обязательстве ([абз. 1 ст. 361, п. 1 ст. 365 ГК РФ](#)), и предъявленный к нему в случае просрочки должника иск о понуждении к исполнению обеспеченного обязательства в натуре не подлежит удовлетворению, так как в данном случае поручитель обязан уплатить денежную сумму, соответствующую имущественным потерям кредитора, вызванным неисполнением либо ненадлежащим исполнением должником обеспеченного обязательства. Это разъяснение соответствует буквальному определению поручительства, содержащемуся в [п. 1 ст. 361 ГК РФ](#) в редакции как до, так и после изменения Федеральным [законом](#) от 08.03.2015 N 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации". Согласно

этой норме по договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица **отвечать** за исполнение его обязательства полностью или в части (выделено мной. - Н.Т.). О возможности требовать исполнения в натуре от должника, кумулятивно принявшего долг, см.: Новоселова Л.А. [Указ. соч.](#) С. 194 - 206; Перунов Д.Ф. [Указ. соч.](#) С. 272 - 274; Кашников Н.Б. [Указ. соч.](#) С. 119 - 120; Агарков М.М. [Указ. соч.](#) С. 230 - 245. См. также: [п. 26](#) Постановления от 21.12.2017 N 54.

3. Возражения

Акцессорность обеспечительного обязательства предполагает, что поручитель по общему правилу <1> обладает всеми возникшими и будущими возражениями должника. Обязательства должников по соглашению о множественности при установлении обязательства по общему правилу развиваются самостоятельно <2>. Должник, кумулятивно принявший долг, обладает только возражениями, которые существовали у первоначального должника на момент перевода долга, после этого обязательства первоначального и нового должника развиваются самостоятельно <3>. Таким образом, поручитель защищен от ситуаций, в которых основной должник уже не обязан исполнять обязательство, однако поручитель должен будет удовлетворить кредитора. Такая ситуация не исключена при кумулятивном переводе долга. После принятия долга кредитор и первоначальный должник могут согласовать отсрочку или рассрочку платежа кредитор может простить долг первоначальному должнику и т.д. Данные обстоятельства не будут влиять на существование обязательства нового должника <4>.

<1> Статья 364 ГК РФ, касающаяся возражений поручителя, объективно противоречива. [Пункт 1 данной статьи](#) допускает соглашение об ограничении возможности поручителя ссылаться на возражения, принадлежащие должнику. Одновременно [п. 5](#) указанной нормы провозглашает такие соглашения ничтожными. Исследователи этого вопроса допускают возможность ограничить возможность поручителя ссылаться на возражения, принадлежащие должнику за некоторыми исключениями. См. Бевзенко Р.С. [Акцессорность обеспечительных обязательств](#): европейская правовая традиция и российская практика // Вестник гражданского права. 2012. N 5. С. 4 - 36; N 6. С. 5 - 48 // СПС "КонсультантПлюс"; Новоселова Л.А. [К вопросу о возражениях](#) в отношениях по поручительству // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: Сб. статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2010. С. 129 - 154 // СПС "КонсультантПлюс".

<2> См.: [п. 52](#) Постановления от 22.11.2016 N 54. О проблеме влияния различных юридических фактов на правовое положение солидарных должников см.: Тололаева Н.В. Последствия нарушения обязательства солидарным должником // Вестник гражданского права. 2013. N 5. С. 65 - 86.

<3> [Абзац второй п. 28](#) Постановления от 21.12.2017. N 54.

<4> См.: [п. 52](#) Постановления от 22.11.2016 N 54.

3.1. Зачет

Специально закон регулирует возражение поручителя о возможности зачета. Поручитель вправе не исполнять свое обязательство, пока кредитор имеет возможность получить удовлетворение своего требования путем его зачета против требования должника ([п. 2 ст. 363](#) ГК РФ). Должники, обязавшиеся солидарно при установлении обязательства или при кумулятивном переводе долга, таким возражением не обладают.

4. Внутренние отношения

Внутренние отношения как должников, изначально обязавшихся солидарно, так основного

должника и поручителя или первоначального и нового должников могут быть урегулированы соглашением между ними. Если же такое соглашение отсутствует, поручитель может воспользоваться перешедшим к нему требованием кредитора, в том числе имевшимися у кредитора другими обеспечениями (п. 1 ст. 365, подп. 3 п. 1 ст. 387 ГК РФ) <1>. В случае, когда кредитор удовлетворяет должник, изначально обязанный солидарно с другим лицом либо кумулятивно принявший долг, у этого должника возникает регрессное требование к другому должнику (ст. 325 ГК РФ). Таким образом, по общему правилу солидарный должник, исполнивший больше своей внутренней доли <2>, не может взыскать исполненное с поручителей либо залогодателей. Исключения составляют случаи, когда кумулятивный перевод долга согласован кредитором и новым должником <3>. Согласно абз. 2 п. 3 ст. 391 ГК РФ к новому должнику, исполнившему обязательство, связанное с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, переходят права кредитора по этому обязательству, если иное не предусмотрено соглашением между первоначальным должником и новым должником или не вытекает из существа их отношений. Из данной нормы следует, что исполнивший обязательство должник, кумулятивно принявший долг, может требовать возмещения с поручителя или обратиться взыскание на предмет залога.

<1> Н.В. Козлова и С.Ю. Филиппова толкуют эту норму ограничительно в том смысле, что она распространяется только на случаи добровольного исполнения поручителем обязательства должника в случае просрочки должника по правилам ст. 313 ГК РФ. В иных случаях авторы говорят о переходе прав кредитора к поручителю, но предлагают исчислять исковую давность по требованию поручителя к должнику с момента исполнения поручителем кредитором. См.: Козлова Н.В., Филиппова С.Ю. *Указ. соч.* С. 145 - 146. Этот подход не соответствует буквальному содержанию ст. 365 ГК РФ, а также страдает некоторой непоследовательностью: поручитель, исполнивший обязательство добровольно, окажется в худшем положении применительно к исчислению сроков исковой давности (она будет продолжать течь, как для кредитора), чем поручитель, исполнивший обязательство только после требования кредитора (исковая давность течет с момента исполнения кредитором).

<2> См.: п. 53 Постановления от 22.11.2016 N 54.

<3> См.: *Определение* Верховного Суда РФ от 20.12.2017 N 310-ЭС17-32792(2): "В спорной ситуации не подлежат применению и положения пункта 3 статьи 391 Гражданского кодекса Российской Федерации о солидарной ответственности первоначального и нового должников, так как названная норма относится только к урегулированным абзацем вторым пункта 1 статьи 391 Гражданского кодекса Российской Федерации случаям вступления в долг нового должника без выбытия первоначального (кумулятивный перевод долга) по двустороннему (а не трехстороннему) соглашению нового должника с кредитором".

5. Основания прекращения поручительства (перевод долга, просрочка кредитора и истечение срока)

ГК РФ также предусматривает ряд специфических оснований прекращения поручительства: привативный перевод долга на другое лицо, просрочка кредитора и истечение срока, на который дано поручительство, таким диспозитивным сроком является один год (п. 3, 5, 6 ст. 367 ГК РФ). Кроме того, поручитель освобождается от ответственности в случае утраты других обеспечений по вине кредитора (п. 4 ст. 363 ГК РФ). Для соглашения о множественности должников при установлении обязательства и кумулятивного перевода долга подобные правила в законе не установлены.

Свидетельствует ли анализ указанных различий о том, что все нормы о поручительстве являются диспозитивными, поскольку могут быть исключены путем заключения соглашения о кумулятивном переводе долга, экономически выполняющем ту же функцию, что и

поручительство? Либо к кумулятивному переводу долга должны применяться нормы о поручительстве? Особенно примечательны в этом плане различия, касающиеся формы сделки. Так, для кумулятивного перевода долга, создающего более жесткий режим для нового должника, закон не устанавливает каких бы то ни было специальных требований к форме. Возможна ли квалификация соглашения в качестве кумулятивного перевода долга при несоблюдении формы поручительства?

Кумулятивный перевод долга, по сути, представляет собой абстрактную сделку в смысле римской стипуляции, возрождением которой он, видимо, и является <1>. Из самого перевода долга мы не можем сделать вывод о его каузе (обмен, дарение и т.д.). В этом смысле кумулятивный перевод долга может как выполнять исключительно функцию обеспечения, так и служить другим интересам. Допустимо ли в случае, когда кумулятивный перевод долга выполняет исключительно обеспечительную функцию, отказаться от всех правил, выработанных для поручительства?

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Римское частное право" (под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского) включен в информационный банк согласно публикации - Юристъ, 2004.

<1> О трех способах выдать личную гарантию через стипуляцию (sponsio, fidepromissio, fideiussio) в римском праве см.: Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2013. С. 518 - 522; Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2000. С. 389 - 396 (автор разд. VIII - И.Б. Новицкий); Kaser M. Das romische Privatrecht. Das altromische, das vorklassische und klassische Recht. 2. Aufl. Munchen, 1971. S. 660 - 677; Idem. Das romische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen. 2. Aufl. Munchen, 1975. S. 457 - 461; О том, что римская fideiussio - основа современного поручительства, см.: Schmiedel L. Burgerschaft // Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. B. I. / herausgegeben Basedow J. von, Норт К.Д., Zimmermann R. Tübingen, 2011. S. 238.

Российский законодатель и правоприменительная практика пока не дают ответа на этот вопрос в связи с небольшой распространенностью данной проблематики <1>. **Концепция** совершенствования общих положений обязательственного права России, рекомендованная Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ от 29.12.2009, предусматривая необходимость прямого законодательного регулирования для возникновения солидарной ответственности третьего лица и должника по соглашению между кредитором и третьим лицом, не обосновывает ее концептуально, а лишь содержит ссылки на соответствующее регулирование **Принципов** международных коммерческих договоров УНИДРУА <2>.

<1> Дорохов А.И. **Указ. соч.** С. 147.

<2> <http://privlaw.ru/soviet-po-kodifikacii/conceptions/>

В некоторых европейских правовых порядках поиск сущностной основы в различии кумулятивного перевода долга и поручительства стал по-настоящему актуальным. В литературе на основе сложившейся судебной практики в качестве критерия допустимости кумулятивного перевода долга и тем самым исключения правил о поручительстве признается наличие собственного экономического интереса в обязательстве у третьего лица (нового должника). Если лицо обязывается перед кредитором за то же предоставление, что должен первоначальный должник, в связи с собственным экономическим интересом в данном обязательстве, то

допустимым является соглашение о кумулятивном переводе долга. Если же третье лицо мотивировано только выгодой первоначального должника, обязывается перед кредитором по дружбе, любви, в целях сохранения репутации семьи, в целях избежать скандала и т.п., то к обязательству такого третьего лица применяются нормы о договоре поручительства независимо от того, что им было заключено соглашение о кумулятивном переводе долга. Например, если отец кумулятивно принял долг дочери по договору банковского счета перед банком и при этом проводил операции с ценными бумагами через этот счет, то кумулятивное принятие долга допустимо. Или же жена может кумулятивно принять долг мужа в целях сохранения их совместного бизнеса. При этом признается, что собственный экономический интерес может состоять не только в получении встречного предоставления от кредитора, но и в других выгодах <1>.

<1> См., напр.: Esser J. Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil. Karlsruhe, 1960. S. 301; Bydlinski P. § 414 - 432 // Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. B. 2, Schuldrecht. Allgemeiner Teil. § 241 - 432. 6. Auf. / Redakteur Krüger W. München, 2011. S. 2811; Meyer-Pritzl R. Op. cit. S. 2375. То же в праве Эстонии. См.: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition. Vol. 2. Ed. Von Bar C., Clive E. Munich, 2009. P. 1082. В праве Швейцарии см.: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. B. II. / begründet von Gauch P. Schlueter W.R., weitergeführt von Schmid J., Rey H., bearbeitet von Schmidt J., Emmenegger S. 10. Aufl. ergänzt, verbessert und nachgeführt von Emmenegger S. Zürich, 2014. S. 315. По свидетельству Ш. Мадауса, до принятия ГГУ в обороте было принято исключительно поручительство. Одновременно с принятием ГГУ, предусматривающим письменную форму волеизъявления на поручительство как условие действительности этого договора, практика начала изобретать способ сохранять устные договоренности в силе. Таким способом стали ссылки на то, что устные соглашения являются не договорами поручительства, а непоименованными договорами о вступлении в долг. Имперский суд Германии в попытке обосновать отсутствие требования к форме стал использовать критерий собственного экономического интереса. Однако впоследствии при сохранении этого критерия в литературе Федеральный Верховный суд Германии, по сути, отошел от него и стал использовать методы толкования договора с целью выяснить действительную волю сторон. См.: Madaus St. Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit. Die Zulässigkeit von Analogien zum Recht der Schuldübernahme und der Burgschaft. Inauguraldissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Juristische Fakultät der Universität Rostock. Rostock, 2001. S. 86 - 94. См. также: Дорохов А.И. [Указ. соч.](#) С. 149 - 154. Об отсутствии обеспечительного интереса при кумулятивном переводе долга пишет В.В. Байбак. См.: Договорное и обязательственное право (Общая часть): Постатейный [комментарий](#) к ст. 307 - 453 ГК РФ / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017. С. 621.

Таким образом, наличие собственного экономического интереса третьего лица в обязательстве обосновывает возможность самостоятельного развития обязательства нового должника после кумулятивного перевода долга, менее строгие требования к форме, неприменение специальных правил о прекращении поручительства.

Стоит отметить, что данный критерий все же был сформулирован доктриной уже после появления конструкции кумулятивного перевода долга и страдает некоторой неопределенностью.

Кроме того, доказывать наличие собственного экономического интереса у нового должника вынужден будет кредитор, поскольку должнику невыгодно раскрытие подобных мотивов с целью применения режима поручительства.

Если принять такой критерий за основу, то можно заметить его несогласованность с правилами о внутренних отношениях солидарных должников. В силу [абз. 2 п. 3 ст. 391](#) ГК РФ если кумулятивный перевод долга совершен по соглашению между кредитором и третьим лицом (новым должником), то к исполнившему обязательство новому должнику переходят права

кредитора. Следовательно, новый должник может взыскать исполненное с поручителя, обеспечивавшего долг первоначального должника. Таким образом, лицо, обладающее собственным экономическим интересом в обязательстве, в том числе получившее встречное предоставление (новый должник), может взыскать предоставленное кредитору с лица, не обладающего собственным экономическим интересом в обязательстве (поручителя) <1>. По сути, эта ситуация означает, что должник освобождается от удовлетворения требований поручителя, исполнившего за него долг. Кроме того, если полагать, что оба должника (первоначальный и новый) обладают собственным экономическим интересом в обязательстве, сложно объяснить, почему при исполнении только к одному из них (новому должнику) переходят права кредитора, а к другому (первоначальному должнику) - нет. В этом смысле критерий собственного экономического интереса, позволяющий разграничить кумулятивный перевод долга и поручительство, находится в объективном противоречии с регулированием внутренних отношений первоначального и нового должников <2>.

<1> Проблема такого несоответствия внутренних отношений солидарных должников при кумулятивном переводе долга и поручительстве особенно остра в немецком праве, где в качестве общего правила любому исполнившему солидарному должнику переходит требование кредитора (абз. 2 § 426 ГГУ) в отличие от российского права, в котором по общему правилу солидарный должник обладает регрессным (новым) требованием (ст. 325 ГК РФ). То есть при любом виде кумулятивного перевода долга исполнивший должник может воспользоваться требованием кредитора. Подробнее об этом см.: Meier S. Gesamtschulden - Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive. Tübingen, 2010. S. 455 - 468.

<2> Что, однако, может свидетельствовать о неудовлетворительном регулировании именно внутренних отношений первоначального и нового должников.

ГК РФ напрямую позволяет совершение кумулятивного перевода долга между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. При наличии прямого и недвусмысленного волеизъявления участников соглашения о кумулятивном переводе долга сложно найти достаточные основания, чтобы запретить сторонам прибегнуть к кумулятивному переводу долга, а не поручительству. В силу принципа автономии воли и свободы договора равные стороны должны иметь возможность выбрать одну из правовых конструкций, которая в наибольшей степени соответствует их интересам. Если же волеизъявление противоречиво, выбор может осуществляться либо исходя из идеи приоритетной защиты кредитора (в пользу кумулятивного перевода долга) <1>, либо из конструкции, разработанной в законе и наиболее часто применяемой на практике (в пользу поручительства) <2>. Российская правоприменительная практика сделала выбор в пользу второго подхода и предложила использовать презумпцию поручительства <3>, что можно признать достаточно обоснованным с учетом того, что кумулятивный перевод долга до реформы ГК РФ не был распространен на практике и плохо знаком отечественному правоприменителю.

<1> Для предпринимателей действует в швейцарском праве. См.: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. B. II. / begründet von Gauch P. Schlupe W.R., weitergeführt von Schmid J., Rey H., bearbeitet von Schmidt J., Emmenegger S. 10. Aufl. ergänzt, verbessert und nachgeführt von Emmenegger S. Zurich, 2014. S. 315.

<2> Исследователи в Германии склоняются к подобному подходу. См.: Esser J. Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil. Karlsruhe, 1960. S. 301; Madaus St. Op. cit. S. 114. Действует в Швейцарии для непрофессиональных участников оборота. См.: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. B. II. / begründet von Gauch P. Schlupe W.R., weitergeführt von Schmid J., Rey H., bearbeitet von Schmidt J., Emmenegger S. 10. Aufl. ergänzt, verbessert und nachgeführt von

Emmenegger S. Zurich, 2014. S. 315.

<3> См.: [п. 27](#) Постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 N 54 "О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки".

Основная сфера, которая может вызывать опасения с точки зрения возможного обхода норм о поручительстве соглашением о кумулятивном переводе долга, - сделки с непрофессиональными участниками оборота, которые в недостаточной степени могут осознавать, какое в действительности соглашение они заключают. Вместе с тем представляется, что это не является достаточным основанием для ограничения использования этой конструкции физическими лицами, в том числе в отношениях с предпринимателями. В пример можно привести кумулятивное принятие долга по уплате арендной платы за жилье в случае, когда в арендуемое изначально одним лицом помещение вселяется также второе физическое лицо. Или кумулятивное принятие долга по оплате подрядных работ в случае поступления вещи в общую собственность. Подобное возникновение солидарности при установлении обязательства прямо легитимировано [п. 1 ст. 322](#) ГК РФ. Тот факт, что второй солидарный должник вступает в долг не одновременно с первым, а через некоторое время, не может служить основанием для признания соглашения ничтожным. В этих случаях новый должник получает встречное предоставление от кредитора, а не только обеспечивает обязательство первоначального должника. Применение кумулятивного перевода долга для обеспечения обязательства первоначального должника также возможно на основе [ст. 421](#) ГК РФ. Однако для такого допущения необходимо, чтобы воля сторон сделки была прямо направлена на подчинение своих отношений режиму кумулятивного перевода долга, а не созданию акцессорной обеспечительной конструкции.

Таким образом, вектор рассмотрения вопроса о соотношении кумулятивного перевода долга и поручительства возможно изменить в том направлении, что проблему составляют не сами по себе два разных режима обеспечения, а опасение ущемления права менее информированной стороны договора, которая может не осознавать, что скрывается за предложенной ей правовой конструкцией. Исключить возможные злоупотребления должны быть призваны правила о защите слабой стороны в договоре <1>, которые как раз и направлены на обеспечение сохранения фактического равенства в отношениях, поддержания действительных интересов слабой стороны и ее воли. В отечественном правопорядке на данный момент непрофессиональные участники оборота, выступающие как поручители, не обладают обширной защитой как потребители <2>. В этой связи для исключения злоупотреблений на основе критерия самостоятельного экономического интереса <3> к кумулятивному переводу долга как ухудшающему положение нового должника в целях защиты слабой стороны договора могут быть применены правила о договоре поручительства.

<1> См.: Madaus St. Op. cit. S. 109 - 115, который применительно к немецкому праву отмечает, что доктрина экономического интереса выполнила свою функцию и в настоящий момент при широкой разработанности правил о защите слабой стороны в договоре не должна применяться.

<2> Подробнее см.: Ламова М.В. [Поручитель, требующий защиты как потребитель: европейский взгляд на проблему](#) // Вестник ВАС РФ. 2014. N 7. С. 20 - 46.

<3> К выводу о возможности использования критерия самостоятельного экономического интереса в современных реалиях приходит и А.И. Дорохов. См.: Дорохов А.И. [Указ. соч.](#) С. 160.

К.А. УСАЧЕВА

О КВАЛИФИКАЦИИ ВОЗВРАТА ПОЛУЧЕННОГО В СЛУЧАЕ РАСТОРЖЕНИЯ

НАРУШЕННОГО ДОГОВОРА: ИСТОРИЧЕСКИЙ ОЧЕРК

Разнообразие общих механизмов, знакомых частному праву и позволяющих осуществить возврат имущества (например, виндикация, кондикция) либо иным образом устранить возникший между сторонами дисбаланс (например, возмещение убытков), предполагает потребность в определении места среди них в том числе для требований сторон о возврате полученного при срыве договорных отношений по тем или иным причинам. Российскому праву данный вопрос больше знаком применительно к одной из возможных ситуаций - недействительности, но он имеет, очевидно, более широкое значение и, в частности, при срыве договорных отношений в связи с нарушением обязательств вызывает не меньшую полемику в исторической и сравнительно-правовой перспективе.

Должно ли требование о возврате полученного после расторжения нарушенного договора пониматься как виндикационное, как кондикционное, как требование о возмещении возникших у кредитора убытков, как иное договорное требование, как требование особого рода? В статье рассматривается эволюция взглядов на решение данного вопроса в различных правовых порядках и ее значение для современной дискуссии.

On Qualification of the Parties' Relationships on the Return of What Was Received after the Termination of the Violated Contract: Historical Review

K.A. Usacheva

The variety of general mechanisms well-known in private law and allowin to return property (e.g. vindication, condiction) or to otherwise eliminate the imbalance between the parties (e.g. compensation of losses) envisages the need to locate in them the parties' claims regarding the return of what they already received in case of the failure of contractual relations for different reasons. Russian law is more familiar with that query in relation to only one particular situation, i.e. invalidity, but the issue has broader coverage, and, in particular, in case of failure of contractual relations due to the breach of obligations, it entails major disputes in the historical and comparative law perspective.

Should the claim on the return of what was already received after the termination of the breached contract be considered a vindication, a condiction or a claim for compensation of the creditor's losses, as any other contractual claim or another claim of a specific type? The article reviews the evolution of points of view on resolving this issue in various legal orders and its significance for modern discussion.

В признании того, что расторжение нарушенного договора, помимо отмены еще не исполненных обязанностей сторон, влечет также и возврат полученного, едины сегодня все правовые порядки <1>. Однако правовая квалификация такого возврата вызывает сложности. Они обусловлены тем, что частному праву знакомо несколько общих механизмов, позволяющих осуществить возврат имущества (например, виндикация, кондикция) либо иным образом устранить возникший между сторонами дисбаланс (например, возмещение убытков), которые потенциально могли бы применяться к рассматриваемой ситуации.

<1> Такое решение следует, в частности, из [ст. 1184](#) дореформенной и [ст. 1229, 1352 - 1352-9](#) послереформенной редакции ФГК, [§ 346](#) ГГУ, [ст. 109](#) Швейцарского обязательственного закона, [§ 921](#) Всеобщего австрийского гражданского уложения, из доктрины и практики стран англо-американского права, а также из положений всех основных актов по унификации договорного права (в частности, [Принципов УНИДРУА](#), положений Венской [конвенции](#), [Принципов европейского договорного права](#), Модельных [правил европейского частного права \[DCFR\]](#)) и др. С этим общим воззрением не согласовывалась некоторое время, пожалуй, только позиция российской доктрины и практики, которая к настоящему времени, однако, уже полностью преодолена. Подробнее об этой позиции и последующем преодолении ее практикой см., в

частности: Карпетов А.Г. [Расторжение нарушенного договора](#) в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2007 (СПС "КонсультантПлюс"). В части истории вопроса и развития доктрины и практики после 2007 г. см.: Усачева К.А. Последствия расторжения нарушенного договора. Что изменилось с реформой ГК // Арбитражная практика. 2015. N 10; Она же. Эффект отмены нарушенного договора. Реформа ГК как отражение подходов, развитых практикой // Арбитражная практика. 2015. N 11.

Современные правовые порядки постоянно обращаются к данному вопросу и с поразительной непостоянностью дают на него различные ответы.

К примеру, в немецком и швейцарском праве первоначально господствовал подход, обосновывающий внедоговорную квалификацию требования о возврате полученного после расторжения нарушенного договора (в Германии - кондикционную, в Швейцарии - также иногда и виндикационную) <1>, но приблизительно с середины прошлого века данный подход изменился, и уже долгое время рассматриваемое требование в основном признается имеющим договорный характер. Такое систематическое решение - помимо обсуждений в доктрине и практике <2> - в конечном счете прямо отразилось на структуре [ГГУ](#) <3>, а также было воспринято разработчиками проекта новой общей части швейцарского обязательственного права "Обязательственное право - 2020" <4>. Напротив, во французском праве среди различных обсуждавшихся вариантов квалификации (вещно-правовая, возврат недолжно полученного, возврат неосновательного обогащения, требование sui generis - "легальное последствие расторжения" и др.) до самого последнего времени наиболее подходящей считалась квалификация рассматриваемого требования как опосредующего возврат недолжно полученного <5>, а в результате недавно осуществленной реформы [ФГК](#) предусмотрел самостоятельный режим для возврата полученного после отмены договора, поместив правила о нем в раздел "Общий режим обязательств" (ст. 1352 - 1352-9) <6>. В странах common law требование о возврате полученного после расторжения нарушенного договора традиционно описывается как кондикционное <7>. Такое же решение отражает и обновленная редакция российского Гражданского кодекса ([ст. 453](#)), но при этом и здесь все наиболее масштабные исследования по теме предлагают совершенно разные варианты квалификации <8>, а правоприменительная практика складывается неединообразно <9>.

<1> В части немецкого права см., напр.: Graener W. Endbedingung und Rucktritt. Marburg, 1931. S. 54; Hellwege Ph. Die Ruckabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem. Tübingen, 2004. S. 28 - 29; Herold K. Das Ruckabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rucktritts. Berlin, 2001. S. 72; Hornung R. Die Ruckabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht. Baden-Baden, 1998. S. 83; Kaiser D. Die Ruckabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht und Schlechterfüllung nach BGB. Tübingen, 2000. S. 111; Korber H. Der Rucktritt, seine Wirkungen und seine Bedeutung im Konkurs Vergleichsverfahren: Diss. Dresden, 1935. S. 25; Krapp O. Die Bedeutung und Wirkung der Rucktrittserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Göttingen, 1931. S. 15, 19, 24; Lamer S. Durchführung und Rechtsfolgen der Vertragsaufhebung bei nachtraglichen Erfüllungsstörungen. Tübingen, 2009. S. 106 и др. В части швейцарского права см., напр.: Ehrat F.R. Der Rucktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR. Zurich, 1990. S. 47, 117 - 120, 156; Glasl D. Die Ruckabwicklung im Obligationenrecht. Zurich, 1992. S. 25, 29, 200 и далее; Hartmann St. Die Ruckabwicklung von Schuldverträgen. Zurich, 2005. S. 5 - 7, 7 - 10, 363 - 365; Lanz H. Der Rucktritt vom Mietvertrag wegen Mangel der Mietsache und die Kündigung aus wichtigen Gründen. Bern, 1937. S. 4 - 5; Meier R. Der Rucktritt des Verkäufers und der Eigentumsvorbehalt beim Abzahlungsgeschäft. Zurich, 1951. S. 95, 98 и др.

<2> В отношении немецкого права см., в частности: Doll Y. Ruckgewährstörungen beim Rucktritt. Tübingen, 2011. S. 12; Herold K. Op. cit. S. 72; Fest T. Einfluss der rucktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Ruckabwicklung nichtiger Verträge. München, 2006. S. 18;

Hellwege Ph. Op. cit. S. 27 - 29; Kaiser D. Op. cit. S. 111; Lamer S. Op. cit. S. 107; Sickinger Chr. Gefahrtragung und Haftung beim Rucktritt vom Kaufvertrag: Diss. Bonn, 1994. S. 129; Staudingers J. von. Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. § 346 - 361. Berlin, 2012. § 346. Rn. 69. В отношении швейцарского права см., в частности: Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art.1-529 OR. Hrsg. von H. Honsell, N.P. Vogt, W. Wiegand. 5. Aufl. Basel, 2011. S. 666 - 667; Glasl D. Op. cit. S. 32, 50, 72, 90; Hartmann St. Op. cit. S. 10 - 12, 67 и др.

<3> См.: гл. 5 "Расторжение договора; право на отмену договора в потребительских договорах", которая находится в третьей части ("Обязательства **из договоров**", выделено мной. - К.У.) второй книги ("Обязательственное право") и распространяется теперь не только на расторжение по основаниям, предусмотренным договором, но и на расторжение по основаниям, предусмотренным законом, например, в связи с существенным нарушением договора или в связи с существенным изменением обстоятельств.

<4> Как следует из комментариев разработчиков, проект отразил так называемую теорию трансформации, которая первоначально появилась в немецком праве и предполагает договорную квалификацию требования о возврате полученного. Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf fur einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020: Projet relatif a une nouvelle partie generate / C. Huguenin, R.M. Hilty (Hgs.). Vorbemerkungen zu Art. 79 - 84. Rn. 5 - 8.

<5> При этом вопрос о квалификации здесь нередко рассматривался как имеющий общее значение для возврата полученного в случае расторжения нарушенного договора и в других случаях отмены договора (см. подробнее: Усачева К.А. Единая модель реституционных отношений в проектах реформирования французского и швейцарского обязательственного права // Вестник гражданского права. 2015. N 6; 2016. N 1). О самих вариантах квалификации см., в частности: Benabent A. Droit civil. Les obligations. 12 ed. Paris, 2010. P. 174; Carbonnier J. Droit civil. Vol. II: Les biens. Les obligations. Paris, 2004. P. 2100; Genicon Th. La resolution du contrat pour inexécution. Paris, 2007. P. 662 ss.; Malaurie Ph., Aynes L., Stoffel-Munck Ph. Op. cit. P. 346, 560; Rigalle-Dumetz C. La resolution partielle du contrat. Paris, 2003. P. 377 ss.; Rouviere F. L'evaluation des restitutions apres annulation ou resolution de la vente // RTD civ. 2009 // <https://hal.inria.fr/hal-01141907/document>; Serinet Y.-M. L'effet retroactif de la resolution pour inexécution en droit frangais // Fontaine M., Viney G. Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, etudes de droit compare. Bruylant: Bruxelles and LGDJ: Paris, 2001. P. 613, 614; Terre F., Lequette Y., Simler Ph. Droit civil: les obligations. 11^e ed. Paris, 2013. P. 468 и др.

<6> <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. См. подробнее также: Усачева К.А. [Указ. соч.](#) Ч. 1. С. 56 - 57, 77 - 86; Усачева К.А. [Указ. соч.](#) Ч. 2. С. 74 и далее.

<7> См., напр., об этом: Feuerstein P.H. Die Repudiation im englischen Vertragsrecht. Marburg, 1977. S. 76 - 77 (английское право); Hartmann St. Op. cit. S. 76 (американское право); Hellwege Ph. Op. cit. S. 275 (английское право); Perillo J.M. Restitution in a Contractual Context and the Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment // Washington and Lee Law Review. Vol. 68 (2011). P. 1019 etc. (американское право, но позиция здесь неоднозначна); Rheinstejn M. Die Struktur des vertraglichen Schuldverhaltnisses im anglo-amerikanischen Recht. Berlin; Leipzig, 1932. S. 204ff (вообще о common law).

<8> В частности, одни авторы выступают за договорную квалификацию требования (см., например: Егоров А.В. [Ликвидационная стадия обязательства](#) // Вестник ВАС РФ. 2011. N 9, 10, а также другие работы автора; Бевзенко Р.С. Правовые позиции ВАС РФ по вопросам поручительства и банковской гарантии: [Комментарий](#) к Постановлениям Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 N 42 и от 23.03.2012 N 14. М., 2013). Другие авторы выступают за квалификацию как требования особого рода (см., например: Карапетов А.Г. Расторжение нарушенного договора: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 445). Третьи - за кондикционную квалификацию (см., например: Папченкова Е.А. Последствия расторжения договора. Какие сложности могут

возникнуть при возврате исполненного сторонами // Арбитражная практика. 2014. N 3. С. 21; Новак Д.В. [Неосновательное обогащение в гражданском праве](#). М., 2010. С. 252 и далее).

<9> Подробнее со ссылками см.: Усачева К.А. Эффект отмены нарушенного договора. Реформа ГК как отражение подходов, развитых практикой // Арбитражная практика. 2015. N 11. С. 112 - 123; Она же. [Влияние факта нарушения договора](#) на определение последствий его расторжения // Вестник экономического правосудия. 2017. N 6. С. 129 - 159.

При изучении причин такой перманентной разницы в решениях (как между правопорядками, так и внутри каждого из них) оказывается, что когда современный исследователь обнаруживает различия в определении разными правопорядками места для требования о возврате полученного по расторгаемому нарушенному договору, во многом он сталкивается лишь с эхом тех дискуссий, которые развернулись на просторах юридической мысли задолго до оформления сегодняшних подходов. Без учета данного обстоятельства невозможно понять, почему, к примеру, английского юриста вполне устроит кондикционная квалификация рассматриваемого требования, а, скажем, немецкий или швейцарский правовед будет реагировать на такой подход как на деликатное предложение в очередной раз наступить на грабли, уже ударявшие по его правопорядку.

Было бы заблуждением полагать, что рассматриваемый вопрос не поднимался ранее принятия кодификаций XIX - XX вв. (в частности, [ФГК](#), Всеобщего австрийского гражданского [уложения](#), [ГГУ](#), Швейцарского обязательственного [закона](#) и др.) <1>, но в то же время очевидно, что основной массив его обсуждений сосредоточился именно вокруг их разработки.

<1> Еще до признания позитивным правом разных правопорядков общего права на расторжение нарушенного договора в поле зрения исследователей попадали отдельные конструкции, позволявшие отменить договор в связи с его неисполнением (напр., сформулированная как дополнительное соглашение к купле *lex commissoria*, *actio redhibitoria* и др.). Обсуждение этих механизмов охватывало также и характеристику производимого ими эффекта (в частности, вещного или обязательственного). См. обзор о развитии научной мысли в общих работах по расторжению (Boyer G. *Recherches historiques sur la resolution des contrats*. Paris, 1924; Leser H.G. *Der Rucktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhaltnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstorungen*. Tubingen, 1975 и др.), а также, в частности, в работах: Peters F. *Die Rucktrittsvorbehalte des romischen Kaufrechts*. Koln, Wien, 1973; Wieacker F. *Lex commissoria*. Berlin, 1932; Cesare L. *De la lex commissoria dans la vente, en droit romain (Digeste, livre XVIII, titre 3). De la resolution de la vente pour default de paiement du prix, en droit francais*. Paris, 1881; Herisson Ch. *De la resolution de la vente pour default de payement du prix. These pour le doctorat*. Versailles, 1857; Roussellier H. *Du droit de resolution et du privilege accordes au vendeur non paye. These pour le doctorat*. Paris, 1863; Sabbatani F. *De Lege commissoria en droit romain. Des ventes et achats commerciaux en droit francais. These pour le doctorat*. Paris, 1869 и др.

Поскольку само общее право на расторжение нарушенного договора было окончательно признано лишь с принятием данных кодификаций <1>, разделяющая их временная разница существенно повлияла на те стартовые позиции, с которых начали развиваться подходы к квалификации последствий расторжения в различных правопорядках. Например, французские юристы еще к концу XVIII - началу XIX в. смогли нормативно воплотить и за последующее столетие детально осмыслить эти подходы, тогда как немецкие юристы присоединились к обсуждению только с конца XIX в., во многом сорвав плоды уже состоявшихся дискуссий.

<1> См. подробнее: Boyer G. *Op. cit.*; Leser H.G. *Op. cit.*; Konukiewitz L. *Die richterliche und die einseitige Vertragsauflosung wegen Nichterfullung im franzosischen Recht und die aktuelle*

Reformdiskussion. Jena, 2012 и др.

Первые споры о правовой квалификации возврата полученного после расторжения нарушенного договора невольно предопределили разнообразие идей, позволивших признать само право на расторжение такого договора. Хотя при нарушении обязательств право на расторжение во многом вытекает уже из идеи, связывающей силы договора (часто обозначаемой выражением *pacta sunt servanda*), долгое время ею, напротив, обосновывался запрет расторжения <1>, а большая часть цивилистов - в русле традиций набравшей тогда популярность юриспруденции понятий - искала более точное обоснование такого права. Многообразие получившихся вариантов предопределило и многообразие квалификаций осуществляемого вследствие расторжения возврата.

<1> В частности, Р. Циммерманн пишет, что потребовалось много времени на то, чтобы установить принцип, что даже заключенные лишь по обоюдному согласию и без соблюдения формы пакты связывают стороны, и, конечно, естественным поэтому было и нежелание ставить под угрозу главную новую идею *pacta sunt servanda*, признавая общее право на расторжение договора. См., напр.: Zimmermann R. *The Law of Obligations*. Cape Town, 1990. P. 803. См. также: Dedek H. *Negative Haftung aus Vertrag*. Tübingen, 2007. S. 199; Konukiewicz L. *Op. cit.* S. 19, 20.

Более всего прояснение правовой природы расторжения и его эффекта увлекло французских юристов, впервые нормативно урегулировавших общее право на расторжение нарушенного договора. На протяжении как минимум всего XIX в., а также XX в. во франкоязычной литературе не утихали споры о том, что лежит в основе юридической конструкции такого расторжения - идея подразумеваемого отменительного условия, идея конечной цели (*causa finalis*), идея экономической эквивалентности, идея санкции для неисправного должника, идея гарантии и т.д. <1>

<1> Эволюция этих взглядов превосходно представлена в работах Ж. Буае (Boyer G. *Recherches historiques sur la resolution des contrats*. Paris, 1924), Р. Кассэна (Cassin R. *Reflexions sur la resolution judiciaire // Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Т. 43. Paris, 1945) и др.

Основные варианты обоснования расторжения предполагали внедоговорную квалификацию требования о возврате полученного. Так, к примеру, берущее свое начало от римской *lex commissoria* <1> и доминировавшее на протяжении практически всего XIX в. <2> объяснение расторжения при помощи концепции отменительного условия <3>, подразумевавшегося в каждом синаллагматическом договоре на случай встречного неисполнения стороной своих обязанностей и действовавшего с обратной силой, предопределяло полное уничтожение правового эффекта заключенного договора <4>. То же самое касалось и обоснования расторжения при помощи аристотелевского понятия *causa finalis* ("конечной цели договора") <5>, отпадающей при неисполнении должником своих обязательств, подобно тому, как *causa* поражается при дефектах действительности договора <6>. Или, скажем, объяснение расторжения как гарантии <7> предполагало, что расторжение создает для кредитора подлинную привилегию при банкротстве должника, т.е. оно точно так же полностью отменяет эффект договора (в том числе переход вещных прав), чтобы позволить кредитору забрать (вещным иском) осуществленное им предоставление, избегая конкуренции с другими кредиторами должника.

<1> См., напр.: Larroumet Chr. *Droit civil*. Т. III. *Les obligations. Le contrat*. 2^e ed. Paris. P. 728; Malaurie Ph., Aynes L., Stoffel-Munck Ph. *Les obligations*. 2^e ed. Paris, 2005. P. 444 - 445; Mazeaud J., Mazeaud H., Mazeaud L., Chabas F. *Lecons de droit civil*. Т. II. Vol. I. *Obligations. Theorie generale*. 8^{eme}

edition. Paris. P. 1150; Roland H., Starck B., Boyer L. Obligations. 2. Contrat. 5^{eme} ed. Paris, 1995. P. 681; Chabas C. (2010) "Resolution - Resiliation" // Encyclopedie Juridique Dalloz, Repertoire de droit civil (Paris, Dalloz). No. 7. См. также специальные работы о lex commissoria и ее влиянии на дальнейшее понимание расторжения договора: в частности: Caplanne P.-P. Du pacte commissoire, de lege commissoria D. I. 18 t.3 en droit romain. De l'action resolutoire et du privilege du vendeur en droit francais. These pour le doctorat. Paris, 1861. P. 3 - 28; Cesare L. Op. cit. P. 5 - 76; Fortier-Maire A.-E. Du Droit de resolution accorde au vendeur non paye. These pour le doctorat. Paris, 1856. P. 3 - 58; Herisson Ch. Op. cit. P. 9 - 55; Joinville Gauban P. Droit romain: de lege commissoria. Droit francais: de l'action en resolution de la vente pour default de paiement du prix. Toulouse, 1869. P. 7 - 53; Leveille J. De la resolution pour inexécution des charges. Rennes, 1858. P. 1 - 87; Malezieux G. Des droits du vendeur non paye en droit romain. De la resolution de la vente pour default de paiement du prix en droit francais. These pour le doctorat. Paris, 1881. P. 41 - 88; Peters F. Op. cit.; Roussellier H. Op. cit. P. 21 - 113; Sabbatani F. Op. cit. P. 1 - 58; Wieacker F. Op. cit.

<2> См. об этом, в частности: Boyer G. Op. cit. P. 40.

<3> Такое объяснение эффекта расторжения буквально до последних лет было нормативно отражено в ФГК и постоянно обсуждалось доктриной. См., напр.: Carbonnier J. Op. cit. P. 2232; Coing H. Europaisches Privatrecht. Bd. 1: Alteres Gemeines Recht (1500 - 1800). Munchen, 1985. S. 443 - 444; id. Europaisches Privatrecht. Bd. 2: 19. Jahrhundert. Uberblick uber die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Landern. Munchen, 1989. S. 467; Ghestin J., Jamin Ch., Billiau M. Traité de droit civil. Les effets du contrat. 3^{eme} ed. Paris, 2001. P. 489 - 490; Hornung R. Op. cit. S. 46, 49; Konukiewitz L. Op. cit. S. 19, 39 - 40; Malaurie et Aynes. P. 444 - 445; Terre, Lequette et Simler. P. 694; Zimmermann R. The Law of Obligations. P. 803; id. The civil law in European codes // Regional Private Laws and Codification in Europe / H.L. MacQueen, A. Vaquer, S. Espiau Espiau. Cambridge, 2003. P. 55.

<4> См., в частности: Benabent A. Op. cit. P. 283; Chabas C. Resolution. Nos. 1, 183, 187, 189; Fabre-Magnan M. Les obligations. Paris, 2004. P. 565 - 566; Larroumet Chr. Op. cit. P. 741; Malaurie et Aynes. Op. cit. P. 448; Mazeaud et Chabas. Op. cit. P. 1160; Myoung S.-K. La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coreen et francais. Paris, 1996. P. 291; Starck, Roland et Boyer. Op. cit. P. 693; Terre, Lequette et Simler. Op. cit. P. 704 - 705.

<5> Gordley J. Op. cit. P. 17.

<6> Из идеи causa finalis, как отмечается, исходили уже итальянские юристы Средневековья, в особенности Бартол (XIV в.) и его школа; см.: Hattenhauer Chr. // HKK zum BGB. Hrsg. von M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Tubingen, 2007. S. 1830; Gordley J. The philosophical origins of modern contract doctrine. Oxford; N.Y., 2011. P. 51 etc.; Konukiewitz L. Op. cit. S. 32; Schmidlin B. Der Vertrag im europaischen Zivilrecht. Le contrat en droit civil europeen. Geneve, Zurich, Bale, 2011. S. 167; Thier A. // HKK zum BGB. Hrsg. von M. Schmoeckel, J. Ruckert, R. Zimmermann. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. Tubingen, 2007. S. 2090. А затем также и Ш. Дюмулен (XVI в.) (Boyer G. Op. cit. P. 343 - 344; Konukiewitz L. Op. cit. S. 36 и др.), с именем которого во французском праве связывается признание возможности расторжения любых (и непоименованных, и поименованных) договоров. Эта идея была поддержана потом в дальнейшей доктрине и судебной практике. Как отмечает Ж. Буайе, практика начиная с решения Палаты по гражданским делам от 4 апреля 1891 г. почти единодушно признавала, что обязательство одной из сторон является каузой обязательства другой и поэтому при неисполнении одной из сторон своего обязательства обязательство другой стороны прекращается. Активными сторонниками данной концепции были, в частности, Ш. Демоломб и А. Капитан. Об этом развитии см., напр.: Benabent A. Op. cit. P. 275, Boyer G. Op. cit. P. 41; Chabas C. Resolution. No. 12; Ghestin, Jamin et Billiau. Op. cit. P. 490 - 491; Marty G., Raynaud P. Les obligations. 2^{eme} ed. T. I. Les sources. Paris, 1988. P. 349; Mazeaud et Chabas. Op. cit. P. 1151; Rigalle-Dumetz C. Op. cit. P. 324; Starck, Roland et Boyer. P. 682 - 683.

<7> См., в частности: Boyer G. Op. cit. P. 49; Ghestin, Jamin et Billiau. P. 486; Hornung R. Op. cit. S. 51; Larroumet Chr. Op. cit. P. 741; Mazeaud et Chabas. Op. cit. P. 1149 - 1150, 1160; Borricand J. La clause résolutoire expresse dans les contrats // RTD Civ. Paris, 1957. P. 440 - 441; Starck, Roland et Boyer. Op. cit. P. 680 - 681. См. также в ранней франкоязычной литературе: Cesare L. Op. cit.; Caplanne P.-P. Op. cit.; Fortier-Maire A.-E. Op. cit.; Herisson Ch. Op. cit.; Joinville Gauban P. Op. cit.; Roussellier H. Op. cit.; Sabbatani F. Op. cit. и др.

Лишь понимание расторжения как санкции за неисполнение <1>, как наказания для неисправного должника было близко к тому, чтобы обосновать договорную квалификацию. Поскольку сам по себе штрафной характер не очень согласовывался с компенсаторно-восстановительной функцией гражданско-правовой ответственности, возврат полученного мог предполагаться не исключительно как наказание для должника, а скорее как форма возмещения возникших у кредитора убытков (в натуре), т.е. как договорное средство защиты. Как отражение такой идеи санкции, ограничивающейся случаями виновного неисполнения, обосновывали расторжение и производимый им эффект многие авторы <2>, ссылаясь в подтверждение - помимо необходимости учета вины должника - также на судебный порядок расторжения <3>, на возможность дополнения возврата полученного требованием о взыскании других убытков <4> и др.

<1> См., напр., об этом: Boyer G. Op. cit. P. 49.

<2> См., напр.: Carbonnier J. Op. cit. P. 2233; Chabas F. Jurisprudence française en matière de droit civil. Obligations et contrats spéciaux. Obligations en général // RTD Civ. 1983. P. 341; Marty et Raynaud. P. 340; Mazeaud et Chabas. P. 1150 - 1151, 1158 - 1160; Starck, Roland et Boyer. P. 688, а также о подходе: Boyer G. Op. cit. P. 50; Boyer L. (1993) Contrats et conventions // Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de droit civil (Paris, Dalloz). No. 374; Konukiewitz L. Op. cit. S. 75 - 76; Rigalle-Dumetz C. Op. cit. P. 176.

<3> Так, о том, что в расторжении заложена идея санкции, наказания должника, свидетельствовала (до последнего времени), как отмечал еще Ж. Дома, а затем Л. Жоссеран, также и уходящая своими корнями в каноническое право необходимость вмешательства суда, исследующего моральность поведения сторон и степень неисполнения. Цит. по: Mazeaud et Chabas. P. 1150. См. также, напр.: Stijns S. La résolution pour inexécution des contrats synallagmatique, sa mise en oeuvre et ses effets // Dieux X., Romain J.-Fr., Van Ommeslache P., Foriers P.A., Wery P. Les obligations contractuelles. Bruxelles, 2000. P. 379, 383, 385; Tallon D. Les remèdes. Le droit français // Tallon D., Harris D. Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, coll. Bibliothèque de droit privé. Paris, 1987. P. 276; Terre, Lequette et Simler. P. 694 - 695; Starck, Roland et Boyer. P. 682. О концепции Л. Жоссерана в таком толковании см., напр.: Sagues N.M. La rupture unilatérale des contrats. Paris, 1937. P. 300 - 301, но Ж. Карбонье описывает его обоснование расторжения как "санкцию недобросовестности" (Carbonnier J. Op. cit. P. 2237).

<4> См. об этом, в частности: Boyer G. Op. cit. P. 50.

Также договорной квалификации - уже не как требования о взыскании убытков, а как иного договорного требования - в целом не противоречило и обоснование расторжения как способа восстановления экономической эквивалентности. Например, М. Пикар и А. Прудомм <1> полагали, что в возмездных договорах по воле законодателя должен царить баланс между предоставлениями двух сторон, и поэтому само расторжение и его эффект могут быть основаны на нарушении этого баланса <2>. Более того, затем Ж. Мори <3>, в целом принимая идею М. Пикара и А. Прудомма, отчасти исправил их формулу, выводя баланс между предоставлениями в возмездных договорах не просто из объективной эквивалентности, а из субъективной, которой хотели достичь стороны, соглашаясь на договор <4>. Но такое обоснование расторжения тоже не попало в число преобладающих, допуская одновременно и неоднозначную квалификацию его

последствий.

<1> Picard M., Prudhomme A. De la resolution judiciaire pour inexécution des obligations // RTD Civ. T. 11. Paris, 1912. P. 61 - 109.

<2> См. об этом, напр.: Boyer G. Op. cit. P. 42 - 44; Rigalle-Dumetz C. Op. cit. P. 327.

<3> Maury J. Essai sur le role de la notion d'equivalence en droit civil francais. Toulouse, 1920.

<4> См. об этом, напр.: Boyer G. Op. cit. P. 42 - 44; Chabas C. Resolution. No. 13; Marty et Raynaud. P. 350; Rigalle-Dumetz C. Op. cit. P. 325; Saguks N.M. Op. cit. P. 315.

При этом повышенное внимание к проблеме учета прав третьих лиц в ходе осуществления возврата, бесспорно, свидетельствовало о преобладающем выборе не просто внедоговорной, а именно вещно-правовой квалификации требования о возврате полученного. Для французского права такой выбор оказался во многом предопределен сложившейся моделью перехода права собственности: поскольку обязательственная сделка влекла и обязательственный (возникновение обязательства), и вещный (переход права) эффект, ее отмена означала отмену и первого, и второго, в результате чего возврат полученного осуществлялся по правилам вещного права, а за расторжением признавался вещный эффект, таящий угрозу для третьих лиц, получивших вещное право от одного из контрагентов или являвшихся кредиторами при банкротстве.

Спустя столетие после принятия ФГК вопрос о правовой квалификации возврата после расторжения нарушенного договора вызвал всплеск обсуждений в Германии, где лишь с принятием ГГУ (в конце XIX в.) была признана общая возможность такого расторжения. Немецкие ученые, хотя и упоминали - точно так же, как и их французские коллеги - об отдельных концепциях, позволивших признать общее право на расторжение нарушенного договора <1>, со свойственным им стремлением к обобщениям и систематизации вели дискуссию скорее уже в более абстрактном ключе.

<1> Например, еще при подготовке проекта Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch они обращались к концепции подразумеваемого отменительного условия (Hattenhauer Chr. // HKK. S. 1847; Leser H.G. Op. cit. S. 14, 25; Thier A. Op. cit. S. 2094, 2098 и др.). Такое понимание, хотя и не привело здесь (вплоть до принятия ГГУ) к признанию общего права на расторжение нарушенного договора, но было традиционным для пандектной доктрины (см., об этом: Graener W. Op. cit. S. 54; Hattenhauer Chr. // HKK. S. 1842; Schmidlin B. Op. cit. S. 174; Thier A. Op. cit. S. 2095). Подробно обсуждалась эта идея и при принятии ГГУ, а также была отражена впоследствии в ряде работ (см., напр. об этом: Graener W. Op. cit. S. 54; Gunther W. Die ruckwirkende Kraft des Rucktritts. Gottingen, 1932. S. 7 - 9; Leser H.G. Op. cit. S. 26 - 77; Kohler J. Die gestorte Ruckabwicklung gescheiterter Austauschvertrage. Koln, Berlin, Bonn, Munchen, 1989. S. 35; Nelle F. Das Anfechtungs und Rucktrittsrecht beim Vertrage. Leipzig, 1931. S. 14 - 15, 35; Muthers Chr. Der Rucktritt vom Vertrag. Baden-Baden, 2008. S. 33, 34; Sickinger Chr. Op. cit. S. 126 - 127; Thier A. Op. cit. S. 2098 - 2106, 2107, 2108; Schmidlin B. Op. cit.). Или, к примеру, также упоминалось и о том, что расторжение выросло во многом из притязания о возмещении вреда и потери кредитором интереса в принятии исполнения (Muthers Ch. Op. cit. S. 28, 35. См. также, в частности: Kohler J. Op. cit. S. 63). Также обсуждались и некоторые другие обоснования расторжения, в частности, функциональная взаимозависимость обязательств и др.

Предшествующий вековой опыт помог им понять основной критерий определения договорной или внедоговорной квалификации возврата полученного после расторжения и поставить в центр обсуждения уже не правовую природу расторжения, а именно производимый

им эффект - уничтожение договора *ex tunc* или *ex nunc*. Учет уже состоявшихся дискуссий, таким образом, позволил немецким юристам продвинуться на шаг вперед в определении общих критериев квалификации, но при этом, однако, создал ложные ориентиры и заставил ходить кругами при выборе подхода именно для немецкого права: от обсуждения эффекта расторжения *ex tunc* и первоначального отказа от него (в целях защиты третьих лиц) до возвращения к нему (из-за отсутствия действительных рисков для третьих лиц именно в немецком праве) и повторного отказа от него (из-за других его недостатков).

Так, опасаясь, подобно французским юристам, за учет интересов третьих лиц, разработчики первых концепций предложили отказаться от ретроактивности, предполагавшейся в большинстве обоснований расторжения (в идеях подразумеваемого отменительного условия, отпадения финальной каузы и др.). Для этого первый проект ГГУ, а также сопутствующая доктрина отразили концепцию "косвенного действия расторжения договора", которая исходила из того, что отменяющий эффект расторжения не уничтожает договор с обратной силой, а лишь дает кредитору бессрочное право на возражение. Из данной концепции следовало, что необходимость возврата сторон в первоначальное положение также основывалась на самом договоре <1> и, соответственно, требование о возврате квалифицировалось как договорное.

<1> См. об этом развитии и о теории "косвенного действия", в частности: Graener W. Op. cit. S. 41, 54; Gunther W. Op. cit. S. 7 - 8, 13; Flume W. *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*. Paderborn, 1990. S. 14 - 19; Kohler J. Op. cit. S. 22; Korber H. Op. cit. S. 13; Krapp O. Op. cit. S. 12, 13 - 15, 19, 26; Leser H.G. Op. cit. S. 26 - 77, 153 - 154, 155; Nelle F. Op. cit. S. 32 - 33; Sickinger Chr. Op. cit. S. 126; Thier A. Op. cit. S. 2098, 2101 - 2102, 2103, 2108; Wolgast M. *Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht*. München, 2005. S. 86 - 88 и др.

Но тут вдруг выяснилось, что в Германии распорядительная сделка абстрактна, независима от обязательственной, поэтому отмена последней еще вовсе не означает также и отмену первой. И раз получатель сохраняет вещное право, возврат полученного осуществляется по обязательственным правилам, а расторжение имеет личный (обязательственный) эффект и не затрагивает прав третьих лиц. Поэтому в ответ на первый проект указывалось, что исходная посылка о вещном действии расторжения была неверной, а само признание из-за нее "косвенного действия расторжения" (с вытекающей договорной квалификацией возврата) было излишним теоретическим усложнением. Последовавший затем возврат к признанию "прямого действия" расторжения, т.е., по сути, к его ретроактивности, предполагавший внедоговорную кондикционную квалификацию возврата полученного, как отмечается, господствовал в германской доктрине практически до второй половины XX в. <1>

<1> См. об этом, в частности: Graener W. Op. cit. S. 46; Gunther W. Op. cit. S. 8, 13, 16; Fest T. Op. cit. S. 18; Flume W. *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*. S. 14 - 15; Kaiser D. Op. cit. S. 111; Kohler J. Op. cit. S. 22; Korber H. Op. cit. S. 23 - 24; Krapp O. Op. cit. S. 12, 15; Leser H.G. Op. cit. S. 54 - 55, 154 - 155; Littmann I. *Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Verträge nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*. Diss. Berlin, 1902. S. 16; Nelle F. Op. cit. S. 3334; Sickinger Chr. Op. cit. S. 126 - 127; Thier A. Op. cit. S. 2104, 2106, 2107, 2109 и др.

Тем не менее вскоре стало понятно, что ретроактивный эффект расторжения часто неудобен не только из-за опасности поражения прав третьих лиц. С ним также может связываться и уничтожение некоторых возможностей, основанных на существовании договорной связи (например, возможности взыскания убытков) <1>. Да и возврат полученного после отмены договора имеет много особенностей, которые не учитываются в Германии общими кондикционными правилами: и тогда, когда они применяются к последствиям недействительности договора (и поэтому корректируются сальдовой теорией <2>, концепцией

фактической синаллагмы <3> и др.), и тогда, когда они применяются к последствиям расторжения договора.

<1> Так, по наблюдению Ф. Хелльвеге, господствовавшее ранее в Германии мнение не видело принципиальных различий между кондикционной или договорной квалификацией требования о возврате полученного. Изменению этого мнения во многом поспособствовало именно рассуждение о том, что возможность взыскания убытков вследствие неисполнения обязательства контрагентом должна обеспечиваться сторонам, несмотря на уничтожение самого договора. Поскольку господствовавшее ранее мнение о квалификации требования как неосновательного обогащения не позволяло решить эту задачу, стали очевидны преимущества договорной квалификации требования в рамках так называемой теории трансформации. См.: Hellwege Ph. Ein einheitliches Regelungsmodell für die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge // Juristen Zeitung. 2005. 60. Jahrg., Nr. 7. S. 340; id. Die Rückabwicklung... S. 526 - 529.

<2> См., напр., об этом: Bockholdt F. Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge // AcP. 206. Bd., Tübingen, 2006. S. 770 - 771; Bergmann-Weidenbach K. Die Risikoverteilung bei der Rückabwicklung von Leistungen nach Rücktrittsrecht. Hannover, 1976. S. 68 - 76; Glass E. Op. cit. S. 100; Fest T. Op. cit. S. 13, 139; Hager J. Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs // Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Hrsg. von W. Ernst, R. Zimmermann. Tübingen, 2001. S. 441; Hellwege Ph. Ein einheitliches Regelungsmodell. S. 338; id. Die Rückabwicklung... S. 87 - 88, 120 - 121; Hornung R. Op. cit. S. 134; Kaiser D. Op. cit. S. 233, 302 - 304; Kohler J. Op. cit. S. 158; Konzen H. Schuldreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung bei gescheiterten Austauschverhältnissen // Fs. C.-W. Canaris. Bd. 1. München, 2007. S. 608; Leser H.G. Op. cit. S. 108 - 109; Linke B. Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge. Baden-Baden, 2007. S. 17; Roth H. Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion // Fs. C.-W. Canaris. Bd. 1. München, 2007. S. 1131 - 1132, 1136; Schwenn H. Die Gefahrtragung beim Rücktritt // AcP, 152. Bd., H. 2 (1952/1953). P. 148; Staudinger. BGB. Vorbem. Zu § 346 ff. Rn. 31.

<3> См. о позиции и ее сторонниках, напр.: Bergmann-Weidenbach K. Op. cit. S. 82 - 84; Gunther W. Op. cit. S. 21; Fest T. Op. cit. S. 143; Flume W. Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung // AcP, 194. Bd., H. 5 (1994). S. 431; Hellwege Ph. Op. cit. S. 87 - 88, 117 - 127; Hornung R. Op. cit. S. 138; Konzen H. Op. cit. S. 608; Kaiser D. Op. cit. S. 235, 308 - 309; Kohler J. Op. cit. S. 183ff; Linke B. Op. cit. S. 21; Staudinger. BGB. Vorbem. Zu § 346 ff. Rn. 31.

Понимание этих обстоятельств во многом вернуло немецкое право к ранним теориям перспективности расторжения (и договорной квалификации возврата), обогатив их новым содержанием. Здесь нужно учесть, что помимо упомянутой теории "косвенного" действия, перспективность расторжения изначально предполагалась также и в теории "двойного" действия расторжения <1>. И постепенно обсуждение данных теорий (прежде всего второй) привело к появлению уже более известной сегодня так называемой теории трансформации <2>, не просто обосновывающей перспективный эффект, а изменяющей характер действия расторжения - с отменительного на преобразовательный. Г. Штолль считался главным идеологом состоявшейся модификации <3>. Рассмотрев проблемы эффекта расторжения в своей диссертации в 1921 г., он связал действие расторжения договора с "изменением содержания обязательственно-правового организма" <4>: расторжение, согласно его позиции, влекло не прекращение договора, а лишь переход обязательства в ликвидационную стадию, где первоначальные обязанности по предоставлению преобразовывались в обязанности по возврату осуществленных предоставлений.

<1> Перспективного - для отменительного эффекта расторжения, ретроактивного - для "реституционного" (т.е. в рамках данной теории предполагалось, что ретроактивность расторжения имеет место, но она проявляется лишь в самом факте осуществления возврата

полученного). О теории см., например: Graener W. Op. cit. S. 44 - 45; Gunther W. Op. cit. S. 17; Korber H. Op. cit. S. 17; Krapp O. Op. cit. S. 16; Leser H.G. Op. cit. S. 158 - 159; Thier A. Op. cit. S. 2108 - 2109.

<2> Leser H.G. Op. cit. S. 158.

<3> Stoll H. Die Wirkungen des vertragsmassigen Rucktritts. Bonn, 1921. Об эволюции теории трансформации и роли в ней работы Г. Штолля см., например: Leser H.G. Op. cit. S. 159.

<4> См. об этом, напр., в литературе по немецкому праву и в обзорных работах: Herold K. Op. cit. S. 72; Hornung R. Op. cit. S. 83; Kaiser D. Op. cit. S. 111; Leser H.G. Op. cit. S. 159; Nelle F. Op. cit. S. 42; Staudinger. BGB. § 346. Rn. 69; Sickinger Chr. Op. cit. S. 129 - 130; Thier A. Op. cit. S. 2109; Tze-Chien W. Die Anwendbarkeit der § 346 ff. auf den gesetzlichen Rucktritt im Burgerlichen Recht. Munchen, 1968. S. 10, 17.

Впоследствии эти идеи стали господствовать в немецкой доктрине, где требование о возврате после расторжения нарушенного договора с тех пор достаточно долгое время квалифицируется как договорное <1>, а само расторжение понимается не как реализация отменительного условия, не как результат отпадения каузы и пр., а как осуществление преобразовательного права. При этом важно, что после реформы обязательственного права 2002 г. в Германии был устранен прежний законодательный запрет на кумуляцию расторжения и взыскания убытков <2>, который ранее обуславливался в том числе ретроактивностью расторжения. Поэтому теперь договорная квалификация требования о возврате полученного - в случаях, когда возврат дополняется взысканием убытков - может иметь разные вариации: "самостоятельное договорное требование" или "договорное требование о возврате как часть большого требования о взыскании убытков" <3>.

<1> См., в частности: Apel C. Herausgabeanspruche im burgerlichrechtlichen und insolvenzrechtlichen Haftungssystem. Bielefeld, 2011. S. 117; Doll Y. Op. cit. S. 12; 52 - 53; Herold K. Op. cit. S. 72; Kaiser D. Op. cit. S. 111; Kiene S.C. Vertragsaufhebung und Rucktritt des Kaufers im UN-Kaufrecht und BGB. Baden-Baden, 2010. S. 283; Kohler J. Bereicherungshaftung nach Rucktritt - eine verdrangte Verdrangung und ihre Folgen // AcP. 208. Bd., Tubingen, 2008. S. 422 - 423; id. Die gestorte Ruckabwicklung... S. 23; Kotz H. Vertragsrecht. 2. Aufl. Tubingen, 2012. S. 40; Laimer S. Op. cit. S. 107; Leser H.G. Op. cit. S. 157 - 163; Medicus D., Lorenz St. Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. 20. Aufl. Munchen, 2012. S. 280; Sickinger Chr. Op. cit. S. 130; Staudinger. BGB. § 346. Rn. 69.1.

<2> См., напр., о реформе в этой части: Bachmann Th. Die elektive Konkurrenz. Berlin, 2010. S. 255; Cleavinghaus T. Das Verhaltnis von Rucktritt und Schadensersatz nach neuem Schuldrecht. Baden-Baden, 2007. S. 35ff, 56, 169; Emmerich V. Das Recht der Leistungsstorungen. Munchen, 2005. S. 199; Hartwig Th. Beiderseits zu verantwortende Pflichtverletzung beim gegenseitigen Vertrag. Leipzig, 2004. S. 206; Hattenhauer Chr. // HKK. S. 1877, 1883, 1886; Hornung R. Op. cit. S. 254; Leser H.G. Op. cit. S. 145ff; Munchener Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. § 241 - 432. 6. Aufl. Munchen, 2012. S. 2352; Palandt. Burgerliches Gesetzbuch. 71. Aufl., 2012. S. 566 - 567; Stathopoulos M. Europaisches Recht, Vertragsrecht und ratio scripta - Zustandigkeiten und Perspektiven // ZEuP 2003 (Beck-online). Вместе с тем данный запрет уже до 2002 г. обсуждался как сомнительный - см., напр.: Hornung R. Op. cit. S. 253; Huber U. Handbuch des Schuldrechts. Bd. 9. Leistungsstorungen II. Tubingen, 1999. S. 199, 216; Emmerich V. Op. cit. S. 199; Engelhard H.A. Zu den Aufgaben einer Kommission fur die Uberarbeitung des Schuldrechts // NJW 1984 (Beck-online); Stathopoulos M. Op. cit. (Beck-online).

<3> К последнему см., напр.: Kaiser D. Op. cit. S. 514; Schmidt L. Die Vertragsaufhebung durch den Warenkauf. Baden-Baden, 2003. S. 154. См. также: Cleavinghaus T. Op. cit. S. 206.

Тем временем во многом по похожим кругам ходило швейцарское право, которое в разные периоды воспроизводило все те же варианты решений: виндикационную и кондикционную квалификацию при ретроактивности расторжения (где выбор между ними зависел в том числе от периода признания или отрицания абстрактности распорядительной сделки) и последующую договорную квалификацию - при перспективности <1>.

<1> Это развитие превосходно описано, в частности, в работах Д. Гласля и Шт. Хартманна (Glasl D. Die Ruckabwicklung im Obligationenrecht. Zurich, 1992; Hartmann St. Die Ruckabwicklung von Schuldvertragen. Zurich, 2005). О самих подходах швейцарского права со ссылками на другие источники см. также: Усачева К.А. [Указ. соч.](#) Ч. 2. С. 74 и далее.

Отличалась лишь хронологическая последовательность: если в Германии сначала обсудили вещный эффект расторжения и, уже почти отбившись от него перспективностью, вспомнили про абстрактность распорядительной сделки и на долгое время сохранили ретроактивную кондикционную квалификацию, то в Швейцарии вышло наоборот - сначала под влиянием признания абстрактности распорядительной сделки обсуждалась кондикционная квалификация требования, а с возвратом к каузальности - вещно-правовая <1>. То есть последующая договорная квалификация здесь появилась скорее как реакция на недостатки вещной, а не - как в Германии - на недостатки кондикционной квалификации. При этом, очевидно, она стала господствовать <2> позже, чем в Германии (пока в Швейцарии еще обсуждали внедоговорную квалификацию, в Германии уже набирала силу теория трансформации) и потеряла свою вариативность: швейцарское право традиционно не допускает кумуляции расторжения и убытков <3>, поэтому требование о возврате может квалифицироваться исключительно как самостоятельное договорное, но никогда не как часть большого требования о взыскании убытков.

<1> Hartmann St. Op. cit. S. 363 - 365 и ранее.

<2> См., напр.: Basler Kommentar. OR I. S. 666 - 667; Glasl D. Op. cit. S. 72, 90; Ehrat F.R. Op. cit. S. 118; Hartmann St. Op. cit. S. 10 - 11, 67; Song Y.-H. Vertragsaufhebung und Ruckabwicklung nach deutschem und koreanischem Recht und internationalem Einheitskaufrecht. Frankfurt am Main, 1999. S. 35; Glasl D. Op. cit. S. 32.

<3> Имеются в виду убытки, компенсирующие положительный интерес кредитора. О невозможности дополнения ими возврата полученного после расторжения см.: Basler Kommentar: Obligationenrecht I (Art. 1 - 529 OR) / H. Honsell, N.P. Vogt, W. Wiegand (Hgs.). 5. Aufl. S. 666 - 667; Glatti E. Zum Schadenersatzanspruch bei Rucktritt // Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) // Revue Suisse de Jurisprudence (RSJ). 1997. 93. Jg. S. 233, 239 // http://www.glaettilipartner.ch/data/xinha/SJZ%2093_1997_233-243_1.pdf; Glasl D. Op. cit. S. 32 - 33, 89 - 120, 259 - 260; Hartmann St. Op. cit. S. 295, 377 ff.; Lanz H. Op. cit. S. 6 и др.

Одновременно и во французском праве, с которого все началось, стали очевидны минусы признания за расторжением ретроактивного эффекта. Но французские юристы не отказались от ретроактивных конструкций расторжения, а стали искать ограничения ретроактивности (для целей учета интересов третьих лиц, сохранения некоторых условий договора и пр.) <1>. Такие поиски, конечно, не привели их к повсеместному признанию договорного характера требования о возврате полученного <2>, но тем не менее заметно скорректировали прежние решения и повлекли хотя бы уже не вещьную квалификацию рассматриваемого требования <3>. В силу особенностей кондикционных норм и первоначальной генерализации ими лишь частного случая - возврата недолжно уплаченного <4> - последствия отмены договора (и после расторжения, и после недействительности) нередко стали основываться на правилах о возврате недолжно полученного <5>. При этом с параллельным развитием доктриной и практикой общего иска о

неосновательном обогащении, тоже потенциально возможного в данных ситуациях <6>, появился прекрасный повод задуматься, какой из вариантов квалификации все-таки выбрать. Так, к примеру, квалификация по правилам о возврате недолжно полученного, по мнению некоторых авторов, была более подходящей, поскольку не предполагала отпадение каузы и пр. <7> Но она влекла другие сложности, например, связанные с необходимостью доказывания ошибки, долгое время требовавшейся для возврата недолжно полученного и др., и поэтому требование квалифицировалось нередко также и как носящее самостоятельный характер - как легальное последствие аннулирования, которое не подчиняется правилам о возврате недолжно полученного <8>. По-видимому, именно этот подход в конечном счете и отразил **ФГК**: после недавней реформы обязательственного права для требований о возврате полученного после отмены договора был предложен самостоятельный режим <9>.

<1> См., в частности: Rigalle-Dumetz C. *Le rejet de la resolution partielle ou la lecture normative de la regle resolutoire* // *Droit des contrats France, Belgique - 1*. Bruxelles, 2005. P. 127; Idem. *La resolution partielle...* P. 215, 407. Помимо этих ограничений ретроактивности, или концепции "частичного расторжения", которое не полностью уничтожает договор, оставляя некоторый производный от него эффект, предлагались также некоторые альтернативные решения: 1) разграничение договора и обязательства, где при этом расторжение затрагивает лишь обязательство, но не договор (см.: Rigalle-Dumetz C. *Le rejet de la resolution partielle*. P. 132 - 137, 142; Genicon Th. *Op. cit.* P. 42 - 51 (критика); Rigalle-Dumetz C. *Op. cit.* P. 173 ss., 408; Whittaker S. *Termination for Contractual Nonperformance and its Consequences: French Law Reviewed in the Light of the Avant-projet de reforme* // Cartwright J., Vogenauer St., Whittaker S. *Reforming the French Law of Obligations*. Oxford and Portland, Oregon, 2009. P. 198 - 200); 2) позиция, согласно которой ретроактивность расторжения состоит не в отмене договора, а в отмене его юридического эффекта (см.: Genicon Th. *Op. cit.* P. 501 - 514); 3) позиция, согласно которой ретроактивность представляет собой лишь фикцию, поскольку она не объясняет сохранения некоторых условий договора и возможности взыскания убытков, несмотря на отмену договора (Benabent A. *Op. cit.* P. 283; Chabas C. *Resolution*. N 185, 224; Ghestin, Jamin et Billiau. P. 552 (применительно к арбитражным оговоркам), 567; Rigalle-Dumetz C. *Le rejet de la resolution partielle*. P. 128; Rouviere F. *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexecution*. PUAM, 2005. P. 285 - 286).

<2> Ограничения ретроактивности и другие альтернативные позиции, хотя и были очень близки к тому, из чего исходит "теория трансформации", обосновывающая сохранение договорной связи отменой лишь первичных обязательств по исполнению и сохранением всего остального в рамках договора "с измененным содержанием", тем не менее не привели к ее имплементации: тогда, когда во франкоязычной литературе более или менее подробно обсуждается теория трансформации, отношение к ней скорее скептическое (Genicon Th. *Op. cit.* P. 52 ss.; иной подход: Rigalle-Dumetz C. *Op. cit.* P. 377 ss.).

<3> См., в частности: Aubert de Vincelles C. *La resolution du contrat pour inexecution* // Terre F. *Pour une reforme du droit des contrats*. Dalloz, 2009. P. 274 - 277; Genicon Th. *Op. cit.* P. 662 ss.

<4> См. подробнее, в частности: Новак Д.В. [Указ. соч.](#) С. 79; Цвайгерт К., Кетц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*. Т. 2. М., 2000. С. 294 - 295.

<5> См., в частности: Carbonnier J. *Op. cit.* P. 2100; Rigalle-Dumetz C. *Op. cit.* P. 377 ss.; Benabent A. *Op. cit.* P. 174. В ходе реформы данный вариант квалификации тоже вышел на первый план в некоторых проектах, прежде всего в проекте рабочей группы Ф. Terpe (Aubert de Vincelles C. *Op. cit.* P. 274 - 277; Klein J. *Les restitutions* // *La Semaine juridique* (edition generate). Supplement au N 21, 25 mai 2015. P. 76; Remy Ph. *Des autres sources d'obligations* // Terre F. *Pour une reforme du regime general des obligations*. Dalloz, 2013. P. 39).

<6> См., в частности: Новак Д.В. [Указ. соч.](#) С. 79 и далее; Цвайгерт К., Кетц Х. [Указ. соч.](#) С. 296 -

297 и далее.

<7> См., в частности: Serinet Y.-M. Op. cit. P. 613.

<8> См., в частности: Malaurie Ph., Aynes L., Stoffel-Munck Ph. Op. cit. P. 346, 560; Serinet Y.-M. Op. cit. P. 614; Terre F., Lequette Y., Simler Ph. Op. cit. P. 468.

<9> См., в частности, комментарий к итоговому проекту ордонанса: Klein J. Op. cit. P. 74 - 75.

Неудивительно, что путь, пройденный французским правом, в значительной мере повторило бельгийское право. Для него также были характерны и первоначальные дискуссии о самой природе расторжения (как реализации подразумеваемого отменительного условия, как результата отпадения финальной каузы, как наказания для должника и пр.), и обсуждение самого эффекта расторжения как ретроактивного или перспективного с последующим ограничением ретроактивности <1>.

<1> См., напр.: Pirson V. Les clauses relatives a la resolution des contrats // P. Wery (coordination). Les clauses applicables en cas d'inexecution des obligations contractuelles. Bruxelles, 2001. P. 101 и далее; Wery P. Droit des obligations. Vol. 1. Theorie generale du contrat. Bruxelles, 2010. P. 589 - 590 и далее.

Австрийские коллеги, напротив, хотя во многом и находились в схожем положении - австрийское право исходит из ретроактивности расторжения <1> и при этом предусматривает каузальную модель перехода права собственности <2>, - не пошли по пути исключения или ограничения ретроактивности. Они квалифицируют сегодня требование о возврате полученного как кондикционное <3>, несмотря на ретроактивность и каузальность, с одной стороны, и на неудобства внедоговорного регулирования, о которых писали их коллеги в других странах, - с другой. Но и сами проблемы последствий расторжения здесь не подвергались существенной проработке.

<1> См., напр.: Kommentar zum ABGB. Hrsg. von P. Rummel. Bd. 1. Wien, 2000. S. 1759. См. Также: Kalss S., Lurger B. Rucktrittsrechte. Wien, 2001. S. 101; Laimer S. Op. cit. S. 105.

<2> См., напр., в обзорных работах: Stadler A. Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. Tübingen, 1996. S. 27.

<3> См., напр.: Kurzkomentar zum ABGB. Hrsg. von H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger. 2.Aufl. Wien, N.Y., 2007. S. 927, 928; Kommentar zum ABGB. Hrsg. von P. Rummel. Bd. 1. Wien, 2000. S. 1759; Stadler A. Op. cit. S. 205 - 206. Относительно специальных форм отказа от договора см., напр.: Kalss S., Lurger B. Op. cit. S. 101.

Таким образом, произошедшее в течение предыдущего столетия перевоплощение дискуссии - из обсуждений квалификации возврата в зависимости от правовой природы самого расторжения в споры о ретроактивности или перспективности эффекта расторжения - много раз порождало различия в решениях правопорядков континентального права. Пока одни правопорядки обсуждали то или иное решение, другие уже давно его приняли (или отбросили), а третьи еще находились в пути.

Например, пока французские юристы с начала и в течение всего XIX в. обсуждали правовую природу расторжения нарушенного договора, еще практически нигде не было признано общее право на такое расторжение, а когда оно оказалось признанным в других правопорядках, дискуссия в них уже перешла в другую плоскость: вместо правовой природы расторжения стал

интересовать скорее сам его эффект. И поскольку прежний ретроактивный эффект уже показал свои недостатки, естественно, он корректировался и обуславливал другую квалификацию требования о возврате полученного. Конечно, со временем к такой корректировке пришло и само французское право, но следы прежних дискуссий все равно остались, и поэтому предложенные разными правопорядками решения сегодня отличаются.

Различия во многом, однако, носят формальный характер. Само стремление каким-либо образом обособить рассматриваемое требование о возврате от общих механизмов (виндикации, кондикции) очевидно: немецкое и швейцарское право признают его договорный характер, французское - признает его самостоятельный характер и отчасти обосновывает это схожими доводами, которыми в Германии и Швейцарии обуславливалась договорная квалификация; только австрийским правом предусматривается кондикционная квалификация, но там просто в меньшей мере проработана сама проблематика. При этом в рамках уже договорной квалификации в некоторых правопорядках возможна вариативность подходов (когда допускается дополнение возврата компенсацией убытков, требование о возврате может пониматься и как самостоятельное договорное, и как часть большого требования о взыскании убытков <1>), в некоторых, напротив, она невозможна <2>.

<1> Напр., в немецком праве (см. ранее).

<2> Напр., в швейцарском праве (см. ранее).

Если на момент покинуть континентально-правовую традицию и обратиться к опыту common law, то окажется, что оно тем временем развивалось во многом автономно. Получившиеся в результате решения на первый взгляд удивляют: при обосновании права на расторжение там тоже играла большое значение идея условия <1>, но действие расторжения характеризовалось как перспективное <2>, хотя при этом требование о возврате полученного после расторжения квалифицировалось как кондикционное <3>.

<1> Zimmermann R. The Law of Obligations. P. 803 - 804, 814. См. также об этом, напр.: Thier A. Op. cit. S. 2092; Beale H.G. (ed.). Chitty on Contract. 29th ed. Vol. 1. General Principles. London, 2004. P. 1392 etc.; Harker J.R. The Nature and Scope of Rescission as a Remedy for Breach of Contract in American and South African Law // Acta Juridica, 1980. P. 67.

<2> См., напр., об этом: Carter J.W. Carter's Breach of Contract. Oxford, 2012. P. 593, 600; Chitty on Contract. P. 1398; Feuerstein P.H. Op. cit. S. 65; Harker J.R. Op. cit. P. 95; Hellwege Ph. Ein einheitliches Regelungsmodell. S. 341; id. Die Ruckabwicklung... S. 526; Hartmann St. Op. cit. S. 76; McKendrick E. Contract Law. 4th ed. Macmillan Press Ltd., 2000. P. 384; Skelton A. Restitution and Contract. Mansfield Press, 1998. P. 5; Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. Oxford, 1988. P. 383 (указывает на спорность вопроса); O'Sullivan J. Rescission as a Self-Help Remedy: A Critical Analysis // The Cambridge Law Journal. Vol. 59. No. 3 (Nov., 2000). P. 526.

<3> См., напр., об этом: Feuerstein P.H. Op. cit. S. 76 - 77 (английское право); Hartmann St. Op. cit. S. 76 (американское право); Hellwege Ph. Op. cit. S. 275 (английское право); Perillo J.M. Op. cit. P. 1019 etc. (американское право, позиция неоднозначна); Rheinstejn M. Op. cit. S. 204ff (вообще о common law).

Это сочетание просто немыслимо для юриста в континентальном праве. Для него первое вряд ли может сочетаться со вторым, ведь обоснование расторжения нарушенного договора с помощью идей условия означало бы намек на ретроактивность, а не на перспективность эффекта расторжения. В свою очередь, второе вряд ли может сочетаться с третьим: если расторжение

имеет перспективный эффект, требование не может квалифицироваться по правилам о неосновательном обогащении, поскольку при перспективности основание (договор) не отпадает. И, конечно, само по себе третье - осознанный выбор внедоговорного регулирования - вызывало бы сомнения, учитывая все его недостатки, с которыми боролись на континенте. В основном они связывались с невозможностью учета общими кондикционными нормами специфики отношений сторон после отмены договора (взаимности обязательств по возврату, возможности сохранения некоторых условий договора после его отмены и др.).

Но для английского юриста все складывается логично. Когда обсуждалось условие как основание и обоснование для права на расторжение нарушенного договора, акцент делался не на том, что оно отменяет договор, а на том, что это существенное условие, при неисполнении которого нельзя откупиться убытками (т.е. что это condition, а не warranty). Одновременно не возникало противоречия и в сочетании перспективного эффекта расторжения с применением кондикционных норм к последующему возврату полученного: в common law сама категория правового основания не имеет такого же значения, что и на континенте, исторически на первый план выдвинута несправедливость обогащения <1>, поэтому кондикционное требование понимается здесь не как опосредующее возврат находящегося без правового основания, а скорее как требование о возврате несправедливого обогащения, где его "квазивнедоговорный" характер не противоречит перспективности эффекта расторжения и отмене договора лишь на будущее время. Более того, не возникало и желания отойти от внедоговорного регулирования из-за того, что им не учитывается специфика отношений сторон после отмены договора: для стран common law в принципе не характерна столь же строгая оппозиция между contract и restitution, что и для правопорядков континентального права, т.е. кондикционная квалификация здесь еще не говорит о том, что невозможно учесть взаимность обязательств сторон при осуществлении возврата полученного, что невозможно сохранить некоторые условия договора после его отмены и пр.

<1> Неслучайно оно здесь не ohne rechtlichen Grund, sans cause и др., а просто unjust. См., в частности: Новак Д.В. [Указ. соч.](#) (СПС "КонсультантПлюс"); и литературу, на которую ссылается автор.

Что же все это время происходило в российском праве?

Российское право подключилось к общей дискуссии только на третьем круге обсуждений, пропустив споры о квалификации возврата в рамках определения правовой природы самого расторжения нарушенного договора, а затем и споры о квалификации возврата в рамках установления ретроактивности или перспективности эффекта расторжения.

Нет, конечно, во второй половине XIX в. в российском праве тоже признавалось общее право кредитора отказаться от нарушенного договора, которое основывалось на некоторых положениях Свода законов гражданских и общих доктринальных позициях, а потом также получило свое отражение в проекте Гражданского уложения Российской империи <1>. Требование о возврате полученного тогда квалифицировалось как кондикционное. Но какие-либо следы специальных обсуждений выбора такой квалификации отсутствовали. Затем же - почти на весь последующий век - по разным причинам расторжение вообще превратилось в маргинальный институт <2>, о котором по-настоящему вспомнили только после принятия ГК РФ 1994 г., т.е. как раз минуя два круга обсуждений, состоявшихся тем временем в других правопорядках (о правовой природе самого расторжения, об эффекте расторжения), и уже видя, какая палитра решений к тому времени образовалась. Вот тогда-то и доктрина, и практика столкнулись со множеством возможных квалификаций последствий расторжения и долгое время не могли определиться с подходом <3>.

<1> Подробнее со ссылками на источники и литературу об истории вопроса, в том числе о дореволюционном периоде, см.: Усачева К.А. Последствия расторжения нарушенного договора. Что изменилось с реформой ГК // Арбитражная практика. 2015. N 10. С. 118 - 124.

<2> Подробнее см.: Усачева К.А. Последствия расторжения нарушенного договора. Что изменилось с реформой ГК // АП. 2015. N 10. С. 122 - 123.

<3> См. основные варианты (со ссылками на доктрину и практику): Усачева К.А. Эффект отмены нарушенного договора. Реформа ГК как отражение подходов, развитых практикой // Арбитражная практика. 2015. N 11.

После реформы обязательственного права в [ст. 453](#) ГК РФ (в 2015 г.) появилось указание на применение к возврату полученного после расторжения норм о неосновательном обогащении. Казалось бы, теперь законодательно отразилось решение, которое во многом следует из дореволюционной традиции, а также знакомо истории права и сравнительному правоведению. Тем не менее доктринальные его предпосылки во многом остаются непонятными.

В российском праве квалификация возврата по нормам о неосновательном обогащении предполагает отпадение основания, т.е. необходимость признания ретроактивности расторжения. Но при такой ретроактивности требование о возврате должно квалифицироваться вообще как вещное (из-за каузальности перехода права собственности), а не как обязательственное. При этом от самой ретроактивности невозможно отказаться, по-прежнему применяя к возврату нормы о неосновательном обогащении: поскольку данные нормы предполагают отпадение основания, их применение просто немыслимо при признании перспективного эффекта расторжения. Этим российское право существенно отличается от *common law*, с легкостью решающего подобное противоречие между кондикционной квалификацией и перспективностью расторжения <1>, тогда как правопорядки континентального права в основном от такой квалификации уже уходят либо пока еще сохраняют лишь по формальным соображениям.

<1> Нужно помнить, что по кондикционным правилам здесь возвращается не обязательно находящееся именно без основания (*sans cause, ohne rechtlichen Grund* и т.п.), а скорее просто несправедливое (*unjust*) обогащение. См. ранее.

Любопытен и сам факт, что российским правом было выбрано внедоговорное регулирование. Ведь даже для недействительности им долгое время обсуждался особый характер ее последствий (что вылилось в известные дискуссии о правовой природе "реституции" и в оговорки к [ст. 1103](#) ГК РФ). По такой логике отмена действительного договора тем более должна была обусловить особенности, не учитываемые общими внедоговорными правилами. Этим российское право вновь заметно отличается от *common law*, не предполагающего жесткого противопоставления *contract* и *restitution*, тогда как страны континентального права точно так же постоянно стремились предусмотреть для последствий отмены договора специальный режим, отличный от общих внедоговорных норм <1>. Спасательным кругом для возвращения российского права в прежнее русло может, наверное, служить лишь оговорка, которую сегодня делает [ст. 453](#) ГК РФ: согласно ее [п. 4](#) правила [гл. 60](#) ГК РФ применяются к последствиям расторжения, "если иное не вытекает из существа обязательства". До изменения [ст. 453](#) ГК РФ такую же оговорку содержало Постановление Пленума ВАС РФ N 35 ("если иное не вытекает из существа соответствующих отношений"), тоже исходившее из внедоговорного регулирования последствий расторжения ([п. 5](#)).

<1> См. ранее.

Получается, российское право оказалось посередине между решениями разных правовых порядков. Несмотря на то что для него не характерна такая же специфика внедоговорного регулирования, как и для common law, оно все равно предусмотрело внедоговорную (кондикционную) квалификацию возврата и теперь вынужденно идет по тому пути ее возможных корректировок, который уже проделали правовые порядки континентального права и который просто не нужен в common law (из-за и без того отсутствующей там жесткой оппозиции между restitution и contract).

* * *

Таким образом, взгляды на правовую квалификацию возврата после расторжения нарушенного договора эволюционировали тремя большими последовательными этапами: (1) признание общего права на расторжение нарушенного договора и обсуждение квалификации его последствий в рамках споров о правовой природе такого расторжения; (2) появление теорий о действии расторжения и обсуждение их роли при установлении норм, на основании которых осуществляется возврат полученного; (3) современная дискуссия о договорном или внедоговорном характере требования о возврате полученного. Некоторые правовые порядки смогли поучаствовать во всех этапах обсуждения (например, французское право), некоторые - лишь в небольшой их части (например, российское право).

Исследование данной эволюции показывает, что дистанция, разделявшая в разные периоды подходы различных правовых порядков, являлась скорее не предметной, а хронологической. Везде обсуждался во многом одинаковый набор решений, но за счет того, что в разных правовых порядках это происходило в разное время, почти никогда не было единообразного подхода: когда одни правовые порядки приходили к определенному решению или его опровержению, другие еще находились в пути.

Ключевую роль играло установление ретроактивности или же перспективности эффекта расторжения, но нередко на выбор подхода одновременно влияли также особенности решения других вопросов (например, наличие принципа абстрактности распорядительной сделки в одних правовых порядках и в одни периоды и отсутствие в других, отделение исков о возврате недолжно полученного от исков о возврате неосновательного обогащения, акцент на неосновательности или же просто несправедливости обогащения и др.). Из-за таких особенностей, к примеру, до сих пор сохраняются различия между континентальным правом и common law: если для континентального права очевидно стремление ограничить ретроактивность расторжения и обособить рассматриваемое требование от общих внедоговорных механизмов (виндикации, кондикции), то common law, напротив, позволяет учесть характер отношений сторон после отмены договора даже в рамках кондикционного регулирования, которое здесь вполне нормально сочетается с перспективностью расторжения из-за того, что оно предполагает не именно неосновательность, а скорее просто несправедливость обогащения.

Оказавшись среди этих подходов, российское право, для которого не характерна специфика внедоговорного регулирования, свойственная common law, все равно предусмотрело кондикционную квалификацию и тем самым вынужденно встало на тот путь ее возможных корректировок, который уже прошли правовые порядки континентального права.
