

Д. О. Тузов

Кандидат юридических наук

О понятии «несуществующей» сделки в российском гражданском праве

I. Соотношение действительности и несуществования:

Постановка проблемы

Понятие «несуществующей» юридической сделки, более известное отечественной цивилистике под именем *несоответствия сделки или незаконного договора*, имеет давнюю историю: от первоначального полного совпадения с понятием ничтожности в римском праве до развития современных концепций, поставивших под сомнение это отождествление и настаивающих на автономии указанной категории. Однако с того самого момента, когда «несуществование» стало мыслиться в качестве самостоятельной формы пороности сделки и теоретически отграничивалось от недействительности (ничтожности), все истории соотношения этих понятий характеризуются нескончаемыми спорами в правовой науке. Дискутируется как *raison d'être* самой этой категории в праве, так и возможность выделения наряду с традиционной фигурой ничтожной сделки сделки несуществующей.

Оживленность, с которой вот уже более чем столетие ведется дискуссия по этому предмету в европейской частноправовой доктрине, несмотря на отсутствие той практической остроты, которую она имела прежде,¹ свидетельствует по-видимому о том, что вопрос не является простым и уходит своими корнями глубоко в недр проблематики общей теории права и психологии научного познания.

В задаче настоящей статьи не входит, однако, ни анализ истории проблемы в европейской цивилистике, ни исследование и критика сформулировавшихся в связи с ней многочисленных научных, в том числе философско-правовых, концепций. Ниже я ограничусь лишь кратким изложением существа основных подходов к ее

решению, после чего сосредоточу внимание на том, какое отражение эти подходы и обозначенная проблема в целом нашли в отечественном законодательстве, доктрине и арбитражно-судебной практике, и в заключение, опираясь на полученные таким образом результаты (которые должны будут подтвердить или опровергнуть тот или иной из существующих подходов применительно к российской правовой действительности), попытаюсь сформулировать выводы общего характера.

Первый подход представляет той частью доктрины, которая поддерживает идею разграничения понятий недействительности (ничтожности) и несуществования сделки, настаивая на его практической значимости как отвечающего определенным законом правовым реальностям, а также на его очевидной логической обоснованности. Этот подход возник как ответ цивилистической теории на конкретную практическую потребность, возникшую в XIX в. во Франции в сфере правового регулирования брака, где тогда действовал совершенно специфический принцип *quas de nullis casu legitur*.² Это строго применение могло в конкретных случаях привести к абсурдным результатам. В частности, согласно этому принципу должен был бы рассматриваться как вполне действительный, порождающий свои нормальные последствия брак, заключенный между двумя лицами одного пола,³ поскольку такой случай не был предусмотрен законом среди оснований ничтожности. Именно чтобы избежать столь абсурдного результата и обосновать очевидную для всех неспособность подобного союза составить действительный брак, доктрина и стала прибегать к фигуре «несуществующего» брака, описываемой на разграничение, которое проводилось канонистами между *matrimonium nullum* и *matrimonium non existens*.⁴ Это позволило продолжить строгость перечня оснований ничтожности брака, обозначенную упомянутому выше принципу. Тем же соображением «французально» объяснялась и позиция законодателя, не предусмотревшего ничтожности для подобного случая: то, что не существует, не может составлять и предмет ничтожности.⁵

Категория несуществования юридической сделки как отличная от понятия ничтожности остается достаточно устойчивой также и в современной доктрине, несмотря на серьезные трудности (признаваемые и самими ее сторонниками), которые вызывает ее научное определение. В этом обстоятельстве часто склонны видеть лишь еще одно красноречивое доказательство того факта, что данное понятие отменяет, вне какой бы то ни было исторической обусловленности, некоторой конкретной потребности, некоторому отгегливному признаку правовой реальности.⁶

Однако данный подход не обнаруживает единодушия ни в том, что касается какого-либо единого и четкого критерия разграничения ничтожности и несуществования, ни в характеристике собственно фигуры несуществующей сделки как концептуально автономной. Само понятие несуществования не находит здесь единообразного понимания. Разграничение между ничтожностью и несуществованием сделками иногда проводится в фактической плоскости, иногда в правовой, иногда же эклектически — и в той, и в другой одновременно.

Согласно господствующему в рамках данного подхода направлению речь должна все же идти о несуществовании в правовой (а не фактической) плоскости, т. е. о *юридической несуществоющей сделке* и ее отграничении от сделки недействительной. Ничтожность *логически требует существования*: «только существующая сделка может быть ничтожной», ибо «ничтожность составляет предикат сделки». И нормы, регулирующие сделку в позитивном смысле, и нормы, устанавливающие ее недействительность, «предполагают понятие сделки как феноменологически существующей», содержание которого должно улавливаться, однако не в области конкретных правовых последствий сделки, а «в плоскости социальной реальности».⁷ Из этого с последовательностью вытекает, что ничтожная сделка, будучи юридически существующей, а значить, *relevantной* для права, в принципе способна производить правовые последствия, хотя бы и отличные от тех, на которые напра-

Ст. н. с. *лаборатории социально-правовых исследований Томского государственного университета, докторант Института римского права и правового систем Востока от Средиземноморья Рийского университета «La Sorbonne».*

вления, и поддежит, хотя и в исключительных случаях, исполнению. Напротив, с юридической несуществующей сделкой не может быть связано никаких правовых последствий, даже косвенной, и никакой инструмент исполнения здесь неприменим.¹³ Нельзя не заметить, что сходные в объеме-то взгляды на соотношение недействительной и несостоявшейся сделки высказываются и в отечественной доктрине теми авторами, которые поддерживают данное разграничение.¹⁴

Другой подход, противоположный рассмотренному, отождествляет ничтожность и несуществование, отказывая последнюю категорию в какой-либо автономии. Представляющую его часть доктрина характеризует более строго и унитарное по сравнению с представителями первого подхода воззрение, в соответствии с которым в области права не может быть разницы между ничтожной и несуществующей сделкой, а теоретическое противопоставление этих понятий не имеет под собой никакой основы. Позиция, которую занимает эта часть доктрина, может быть выражена в трех основных тезисах:

1. *Юридическое существование сделки должно мыслиться исключительно в плоскости права, при этом нет какого-либо расхождения между понятием сделки и ее правового права как особой разновидности присущие ей юридические последствия (вопреки мнению большинства представителей первого подхода, разводящих эти два момента и конструирующих юридическое понятие сделки на уровне «сопимальной реальности» абстрагируясь таким образом от конкретных правовых последствий)». «В плоскости же права... сделка... существует постольку, поскольку произведена правовые последствия... Предикация существования юридического акта без того, чтобы наступили его последствия, это — с точки зрения логики права, которая, впрочем, не отпиливается здесь от общей логики, — *contingit in tempore*».¹⁵ В плоскости права существование совпадает и не может не совпадать с выполнением юридической фигуры».¹⁶ С этим тезисом логически связан другой.*

2. *Понятие сделки выполняется всякий раз, как выполняется юридический состав сделки, предусмотренный гипотезой правовой нормы. Эта идея находит свое выражение в принципе целостности фактического состава, согласно которому осуществление сделки требует наличия всех ее конститутивных элементов, и при отсутствии хотя бы одного из них не существует и фактического состава сделки в целом».¹⁷ В соответствии с этим подходом строго разграничиваются два уровня или плоскости, в которых эвентуально могла бы возникнуть проблема существования или несуществования сделки: фактический (или исторический) и юридический. При этом делается вывод, что, поскольку «делка — это творение права... она не может иметь жизни иной, чем юридическая. Или она сочетается в себе все реквизиты, требуемые нормой, и тогда есть сделка, или же не сочетается их, и тогда нет сделки».¹⁸*

3. *Так называемые «ниже» — античные и отклоняющиеся — последствия недействительной сделки на самом деле суть последствия типичные и правые, однако — это само существование — другого фактического состава, выполняющего гипотезу иной правовой нормы. В основе этого тезиса лежит принцип относительности (или релевантности) юридического факта».¹⁹ Если некоторая фактическая ситуация «производит правовые последствия негативного или отклоняющегося характера... она будет выполнять состав иного юридического факта, не имеющего ничего общего с предусмотренной сделкой».²⁰ Следовательно, так называемый иррегулярный формальный цикл «проникает в соответствии с другой правовой нормой», факт «прелевантный с точки зрения правовой нормы, преуматериальной элемент, которые он не выполнит, являясь, напротив, релевантным точкой зрения другой нормы, предписывающей наступление последствий».²¹ По сути речь идет о «новом фактическом составе, отпавшем от того, которому не соответствует несовершенный акт».²²*

Посмотрим теперь, находят ли эти подходы отражение в российском законодательстве, доктрине и арбитражно-судебной практике.

II. Позиция российского законодательства

В отечественной корпоративной и правотворительной практике рассматриваемая проблема, при отсутствии ее какой-либо теоретической разработки, приобретает реальное практическое значение благодаря введению понятия несуществования — в обиходе так называемого *незаключенного договора* — непосредственно в систему легальной терминологии.

В некоторых случаях это понятие выражено *лексически*, когда в законе говорится, что договор «*считается незаключенным*» (при несоответствии условия о цене в договоре продажи недвижимости — абз. 2 п. 1 ст. 555 ГК, при несоответствии размера арендной платы в договоре аренды зданий и сооружений — п. 1 ст. 654 ГК, в случае отсутствия реальной передачи денег по договору займа — п. 3 ст. 812 ГК) или что договор «*не считается заключенным*» (при несоответствии количества товара в договоре купли-продажи — п. 2 ст. 465 ГК, предмета договора продажи недвижимости — ч. 2 ст. 554 ГК, объекта аренды — п. 3 ст. 607 ГК). При этом, как видим, законодатель использует не вполне adequate юридическая характеристика «незаключенности» *предсущего* договору как некоторой данности, которая уже типологизована названными положениями закона как нечто «существующее», но с присоединением к ней негативного предиката как бы «отрадиает» свое существование. Это, впрочем, неизбежно, когда вообще пытаются говорить о *несуществовании*, и связано с особенностями человеческого мышления как такового.

В других случаях, когда нет подобных прямых указаний, незаключенность договора при несоответствии существенных условий выводится доктринальной и судебной практикой логическим путем из позитивных установлений — общего правила п. 1 ст. 432 ГК, согласно которому «договор *считается заключенным*, если между сторонами, в преюбури в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора», а также из нередко встречающихся специальных указаний о том, что тот или иной договор *считается заключенным*, если сторонами согласовано такое-то условие,²³ или выполнены дополнительные условия, каковы-либо формы или моменты заключения договора.²⁴

Однако, несмотря на употребление приведенной терминологии, какая-либо строгая концепция незаключенности в нашем законодательстве отсутствует. Закон содержит в рассматриваемой области весьма путаные и двусмысленные формулировки, не позволяющие ни установить, когда именно имеет место несуществование, а когда незаключенность, ни понять, в чем состоит с юридической точки зрения разница между ними.

Обычно соответствующие термины, указывающие на «незаключенность» или, напротив, «заключенность» договора, используются в связи с установлением его существенных условий и требования о его государственной регистрации. В связи с этим практически общепризнано, что в случае несоответствия какого-нибудь из существенных условий или отсутствия государственной регистрации, когда она требуется по закону, договор является незаключенным. Этой позиции достаточно уверенно придерживаются и судебная практика.²⁵ Однако посмотрим, насколько ли все так определенно в самом законе.

Прежде всего необходимо отметить отсутствие четкой легальной концепции существенных условий договора. Устанавливая, что «договор считается заключенным, если

альных исключений он применяется не может, а при их наличии абсолютно ничто к ним не добавляет, выступая своего рода «общим правилом об исключениях», которое и так уже содержится в п. 3 ст. 433 ГК. Наконец, при таком толковании все же остается неясным, почему в сходных по существу ситуациях несоблюдения требований государственной регистрации договора предписываются различные решения и в чем именно состоит смысл подобного разграничения ничтожности и недействительности как легальных категорий.

Но наиболее яркий пример смешения законодателем юридических понятий, которые согласно доктрине, различаются по своей природе и неакционности договора, должны были бы четко разграничиваться, представлен в нормах, требующих для отпеленных видов договоров одновременно и письменной формы, и государственной регистрации, а именно для договоров продажи жилых помещений, продажи предприятий, аренды зданий и сооружений на срок не менее года и ипотеки. Полагаю, по-видимому, что в столь социально важных случаях лучше «перерегулировать», чем урегулировать недостаточно, разрабатывая гражданское кодекс, как и в случае с уже рассмотренным дополнительным «существенным условием» договора продажи жилого помещения, избранным неслучайно юридическое решение, допустив избыточную регламентацию, которая привнесла к явным логическим противоречиям.

В соответствии с ч. 2 ст. 550 и п. 2 ст. 560 ГК несоблюдение формы договора продажи жилого помещения и договора продажи предприятия, т. е. простой письменной формы путем составления одного документа, влечет их *недействительность*. Согласно же п. 2 ст. 558 и п. 3 ст. 560 ГК эти договоры подлежат государственной регистрации и *считаются заключенными* с момента такой регистрации. Следовательно, в случае *соблюдения* предписаний о форме договора: «договор продажи недвижимости / предприятия *заключается* в письменной форме» (ч. 1 ст. 550 и п. 1 ст. 560 ГК) — получается, что договор уже *заключен* в надлежащей форме и в то же время до момента его государственной регистрации еще *не считается заключенным*. Кроме того, из ч. 2 ст. 550 и п. 2 ст. 560 ГК логически вытекает, что в случае *соблюдения* предписанной формы договор является не только заключенным, но и *действительным* (поскольку несоблюдение формы «влечет его *недействительность*»), однако до государственной регистрации он опять-таки все еще *не заключен*. Таким образом, в первом случае закон допускает фигуру заключенного и одновременно неакционного договора, а во втором — договора действительного, но не заключенного, что представляется логическим нонсенсом.

Аналогичные положения действуют и в отношении договора аренды здания или сооружения сроком не менее года (ст. 651 ГК), однако здесь формулировка выглядит еще более противоречивой. Согласно п. 2 ст. 651 ГК «договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее года, подлежит государственной регистрации и *считается заключенным* с момента такой регистрации». Получается, таким образом, что уже имеет место заключенный договор, но с последующим моментом его государственной регистрации вновь связывается его заключение.

Из приведенных примеров видно, что положения российского Гражданского кодекса, несмотря на использование в них применительно к договору таких выражений, как «считается заключенным», «считается неакционным», «не считается заключенным» и др., не дают оснований для реконструкции на их основе какой-либо легкой концепции неакционного договора, которую пытаются извлечь из них представители доктрины, разграничивающей недействительные и несуществующие сделки. Во всяком случае, их излюбленный довод о том, что последние *с точки зрения закона* являются правовым «ничто», в то время как первые — правовым «ничто», не находят никакого подтверждения и, более того, полностью опровергаются, как было показано, содержанием самих рассмотренных по-

ложений, которые свидетельствуют скорее о том, что закон не различает этих положений, в подтверждение последнего вполне можно сослаться на еще одно положение, в котором законодатель уже совершенно определенно и недвусмысленно отождествляет действительность договора с его «заключенностью». В упоминавшейся уже ст. 10 Закона об ипотеке говорится, с одной стороны, что «несоблюдение правил о... государственной регистрации договора об ипотеке влечет его *недействительность*». Такой договор считается *ничтожным*», а с другой — что «договор об ипотеке *считается заключенным и вступает в силу* с момента его государственной регистрации». Таким образом, при отсутствии государственной регистрации этот договор должен считаться одновременно и неакционным, и недействительным (ничтожным).

III. Понятия государственной доктрины и судебной практики

Таким образом, который наше законодательство предоставляет доктрине и судебной практике в области соотношения недействительных и несуществующих сделок. Основываясь на нем, доктрина занимает весьма странную позицию. Поддерживая, как правило, разграничение между недействительными и несуществующими сделками⁴⁴ (впрочем, без должного теоретического обоснования⁴⁵) и, более того, «выводя» его непосредственно из закона,⁴⁶ она чаще всего обходит молчаливым отменением выше противоречия, воспроизводя их вместе с типичными латинскими дефинициями: «Недействительные сделки, — пишет, например, О.Н. Савилов в комментарии к ГК, — следует отличать от несостоявшихся сделок, которые не вызывают виду отсутствия предусмотренных правом общих условий, необходимых для совершения сделки, например... отсутствие соглашения о существенных условиях сделки»⁴⁷ «...если сделка не состоялась... сделки вообще нет»,⁴⁸ Однако в том же комментарии он называет согласование существенных условий и соблюдение требуемой формы «условиями действительности договора», «эффекты которых на практике часто ведут к недействительности договора», «эффекты которых на практике часто ведут к недействительности заключаемых договоров».⁴⁹ Аналогичное послевствие (т. е. недействительность сделки. — Д. Т.) наступает, — продолжает тот же автор, — и при отсутствии государственной регистрации (ст. 165 ГК).⁵⁰ «Сделка, для которой определенная форма строго обязательна, — отмечает В.А. Рясенцев, — считается совершенной лишь с момента обложения ее в эту форму»⁵¹, но на той же странице утверждал о недействительности сделок вследствие несоблюдения формы.⁵² Подобным образом и Ф.С. Хейфел, указывая, что «если форма сделки не соблюдена, то сделка не считается *заключенной*...»⁵³ На той же странице пишет, что сделка, совершенная с нарушением формы, *недействительна*,⁵⁴ а далее называет соблюдение формы условием *действительности* сделки.⁵⁵ Таким образом, не только законодатель, но и доктрина, в частности М.В. Кротова в отношении несоблюдения требования о государственной регистрации сделки⁵⁶ и, последний автор, как представляется, скорее занимает позицию отождествления недействительной и несуществующей сделки: «...Ничтожная сделка не может порождать каких-либо прав и обязанностей, за ней не признается качество юридического факта, т. е. юридически этого действия нет».⁵⁸

С другой стороны, можно обнаружить стремление некоторых представителей современной российской доктрины во что бы то ни стало примирить эти законодательные противоречия, дать им какое-то теоретическое объяснение. Вместо того чтобы просто признать, что на самом деле разрабатчики ГК или не имели какой-либо четкой концепции несуществования и его соотношения с недействительностью, или имели различные на этот счет представления, которые и были затем эклектически воплощены в разных местах Гражданского кодекса без должного согласования между собой.⁴⁹

Изложенный «комментаторский» подход далек от истинных задач науки, поэтому не представляет здесь научного интереса.³⁹

Что касается судебной практики, то она является в этом плане по-прежнему отражением описанного состояния законодательства и доктрины. Проанализировав все рассмотренные противоречия на реально существующие общественные отношения, перенося таким образом в реальную жизнь совершенно чуждые ей и к тому же весьма сомнительные сами по себе идеи, рождаясь в неких университельских кафедр и профессорских кабинетах. И действительно, полностью в духе школы «юриспруденция понятий» российские арбитражные суды, погнавшие под влиянием подобных концепций, с логической последовательностью пришли к тому, что изобразили неизвестный по сих пор особый иск «о признании договора недействительным», в корне отличный от иска об установлении ничтожности сделки, и этот новый термин уже получил широкое распространение в судебных постановлениях.⁴⁰ Суды отказывают в исках о признании договора недействительным со ссылкой на то, что на самом деле он «является незаключенным»,⁴¹ или же признают этот договор недействительным по собственной инициативе, на что Президиум ВАС неизменно реагирует отменной соответствующим судебным постановлением как выходящим за пределы искового требования.⁴²

Думается, излишне говорить о том, что подобная практика, необоснованно усложняя и запутывая судебные процедуры, не в состоянии принести ничего, кроме вреда. Да и как понять с точки зрения здравого смысла судебное решение, отказывающее в признании недействительным акта, который и в самом деле не имеет юридической силы лишь потому, что он якобы не существует? Ведь если бы он не существовал, то о чем бы тогда вообще шел судебный спор? А если имеется в виду что он, существующий фактически, не существует для суда, то ведь именно этот вопрос и ставится в иске о признании сделки ничтожной!

Понять такой подход становится еще труднее, когда те же суды, вспоминая высшую инстанцию, сами отступают от провозглашенного ими разграничения как на материальноном, так и на процессуальном уровне, смешивая понятия недействительности «незаключенности». Например, истец просит признать сделку *недействительной*, а суд, *уболаивая (!)* иск, признает эту сделку *недействительной* и применяет последствия недействительности. Президиум же ВАС указывает, что «при рассмотрении дела суду следует проанализировать истцу уточнить предмет иска, а именно конкретизировать сделки..., которые истец просит признать *недействительными*» (курсив мой. — Д. Т.). Или Президиум ВАС, отмечая, что в законе «сохраняется основная суть условия, которые должны отражаться в договоре аренды» и что «при отсутствии хотя бы одного из этих условий договор аренды считается незаключенным», затем констатирует отсутствие почти всех этих условий в договоре и делает вывод: «При данных обстоятельствах договор аренды не отвечает требованиям законодательства, поэтому его следует признать недействительным».⁴³ При этом судья так же и некоторые примеры судебного лексикона. В постановлениях Президиума ВАС, которыми договор признается *недействительным*, иногда при указании стороны этого незаключенного договора можно встретить выражение: «договор *законен* между...»⁴⁴ (курсив мой. — Д. Т.).

Из приведенных примеров видно, что судебная практика вовсе не мыслит «незаконченности» договор как вообще несуществующий, иначе и не о чем было бы говорить, никакого процесса бы и не возникло. Такой договор рассматривается как незаконченный, или несуществующий, именно *для суда, юридически*; фактически же он признается существующим, а значит, и *законным*. Этим-то и вызвано кажущееся противоречие в изложенном только что постановлении Президиума ВАС: когда договору давался *юридическая* квалификация как незаключенного, он

опенивался в качестве несуществующего *для суда*, хотя же указывалось его стороны («договор заключен между...»), он вполне естественно типотезировался в *фактической* плоскости как некоторая историческая данность.⁴⁵ Таким пониманием «незаконченности» объясняется и появление нового вида иска «о признании договора незаключенным», который, очевидно, направлено на констатацию несуществования договора именно в плоскости *права*, т. е. как факта *юридического*, а не факта *фактического*, ибо установление наличия или отсутствия «чистых» фактов, не имеющих, следовательно, юридического значения, судам неподлежит.⁴⁶ Таким образом, несуществование сделки, или «незаконченность» договора, мыслится судом, как и при первом появлении этой категории,⁴⁷ в качестве еще одной, причем наиболее радикальной, формы порочности, находящейся рядом с ничтожностью и полностью оспариваемой у последней ее место. Но именно в таком ее понимании категория несуществования обнаруживает глубокое противоречие.

Как уже было показано, судебная практика в основном последовательно проводит доктринальную идею о том, что лишь существующий (законченный) договор может стать предметом судебного оценки на предмет его действительности или недействительности. В то же время для отдельных видов договоров закон устанавливает (и на это тоже уже обращалось внимание) «ступенчатый» порядок их формирования: сначала они должны быть обременены надлежащей формой (простою письменной или нотариальной), и с соблюдением этого требования связана их *действительность*, а затем — подлежат государственной регистрации, и выполнение этой процедуры влечет их «законченность»; соответственно невыполнение первого требования будет означать ничтожность сделки, второго — ее «незаконченность». Из этого со строгостью вытекает, что и незарегистрированный, а значит, «незаконченный», юридически *несуществующий* договор может быть вопреки генеральной теоретической идее, проводимой арбитражной практикой, *действительным* или *ничтожным* в зависимости от того, соблюдена ли его форма. В этих случаях «законченность» / «незаконченность» является по отношению к действительности / недействительности вторичной, последующей формой юридической квалификации. Это полностью подрывает проводимую в судебной практике концепцию «незаконченности», особенно если учесть, что и сами арбитражные суды в этих ситуациях признают незарегистрированный договор недействительным.

Так, несмотря на то что договор аренды здания на срок более одного года не подлежит государственной регистрации, а следовательно, согласно сформулированному в судебной практике подходу является *незаконченным*, арбитражные суды первой и апелляционной инстанций сочили тем не менее возможным применить к нему «последствия недействительности ничтожной сделки», поскольку ими было также установлено одно из оснований его ничтожности. Суд кассационной инстанции отменил постановление нижестоящих судов, трагичноно обосновав это тем, что, поскольку договор *не закончен*, он не может быть признан ничтожным, а значит, не могут быть применены и связанные с недействительностью последствия. Однако Президиум ВАС не согласился с таким выводом, подтвердил мнение судов первой и апелляционной инстанций о ничтожности этого договора.⁴⁸

Итак, понимаемая как особая форма порочности категория «незаконченности», или несуществования, не может найти себе с точки зрения сферы своего применения самостоятельного места среди других форм порочности, ничем не отличающейся от ничтожности. Несмотря на это, гораздо более строго и опрессленно как в теории, так и в судебной практике проводилась идея о несомнении *правовых последствий* квалификации сделки как ничтожной и как несуществующей, хотя в связи с этим нельзя не вспомнить сходное течение в зарубежной доктрине и высказанное по поводу него замечание о сомнительности самой возможности «формулировать разграничение в правовой регламентации, не подводя его под ясное разграничение флугр и тигров».⁴⁹

Как бы то ни было, но согласно абсолютно господствующему в отечественной доктрине и судебной практике⁶⁵ мнению главное отличие недействительности сделки от ее нецелесообразности состоит в том, что первая является основанием для признания особых правовых последствий, главными из которых являются возврат перданного по сделке имущества на основании правил о *реституции*, понимаемой как совершенно самостоятельное, специфическое правовое средство, рассматриваемое только на случаи недействительности сделок: при нецелесообразности же («несაკлюченности») сделки эти специальные последствия неприменимы, и речь должна идти о возврате того же имущества на основании общих правил — либо о виндикации, либо об обязательстве из неосновательного обогащения, а также о гражданско-правовой ответственности на общих основаниях.⁶⁶ Такое мнение господствует и в арбитражной практике: иски о применении реституции удовлетворяются лишь в случае, если договор оценивается судом как заключенный.⁶⁷

Подробно обсуждать здесь это господствующее воззрение не представляется возможным.⁶⁸ Следует лишь отметить, что его распространенность отнюдь не свидетельствует о его истинности. Особый характер реституции, который часто представляется как циклическую аксиому, незнание которой свидетельствует об элементарной юридической неграмотности, на самом деле далеко не очевиден и нуждается в доказывании. А доказывание это прежде всего связано с обоснованием природы недействительной сделки как *особого юридического факта*, что предполагает, в свою очередь, отграничение недействительной сделки от сделки несуществующей (либо понятия, что особые правовые последствия, как и правовые последствия вообще не могут быть связаны с чем-то иррелевантным для права). Поэтому господствующая доктрина, не замечая, как полагает в собственные сети, не в состоянии избежать очевидного логического круга в своих рассуждениях: недействительная сделка считается юридически значимой, т. е. существующей для права, *потому что* закон связывает с ней (а точнее, с произведенными по ней имущественными последствиями) особые правовые последствия, а именно реституцию; сама же реституция рассматривается, в свою очередь, как самостоятельное средство, отличное как таковое от возврата необходимого полученного, *потому что* она основывается на особом правовом основании — недействительной сделке. Эти «аргументы» многим кажутся самоочевидными, заставляя думать, что недействительность и несуществование четко отграничены друг от друга, и эта позиция усиливается еще больше благодаря путанным законодательным предписаниям, повсюду разработанным в тексте Гражданского кодекса и иных законов. Но почти никто еще не позаботился выделить, на какое существенное основание опирается подобное различие, представляющее собой настолько важным для тех, кто его отстаивает.

IV. Недействительность как юридическое несуществование

Предпринятый анализ проблемы разграничения недействительности и несуществования юридической сделки в российском праве дает основание сделать вывод, что это деление не имеет под собой ни теоретического, ни законодательного основания и обзаво скорое нецелесообразному смешению между фактическим и правовым уровнем реальности, а также толкованию под определенным углом зрения некоторых законодательных формулировок, не вполне удачных или же просто неверно интерпретируемых.

Рассуждая о существовании или несуществовании сделки, следует иметь ясное представление о том, что мы имеем в виду: фактическую или юридическую реальность. В фактической плоскости сделка существует *как волеизъявление, несущее в себе определенную правовую мысль*, безотносительно к его оценке правоохранительным или действительным или недействительным (именно поэтому как в первом, так и во

втором случае принято говорить о *сделке*, а не о каком-либо ином явлении). На этом — фактическом — уровне существование сделки идентифицируется, так же образом, только заключенным в ней объективным смыслом; правоохранитель не участвует в ее оценке в данном аспекте, и, следовательно, при отсутствии указанного волеизъявления никакая проблема соотношения между «несуществованием» и сделкой недействительной здесь вообще возникнуть не может.

Однако идентификация сделки на фактическом уровне, не будучи юридической, безразлична для права. Механизм действия последнего состоит в том, что оно преобразовывает определенные схемы, нормативные типологии, с выполнением которых связывает определенные правовые последствия. Лишь факты, выполняющие эти схемы, являются юридически релевантными и способны «порождать» соответствующий правовой эффект. Только в этом смысле они и существуют *для права*. Сделка, если она выполняет предусмотренную для нее схему (типологию правовой нормы), является тем самым *действительной*, а следовательно, и *юридически существующей*, порождая те правовые последствия, на которые она направлена. При этом само наличие волеизъявления и заключенного в нем объективного правового смысла является лишь одним из элементов этой схемы, общим для всех типов, предусматривающих юридические сделки, и еще недостаточно для идентификации акта в правовой плоскости. При отсутствии других требуемых элементов или их характеристик сделка *недействительна*,⁶⁹ а значит, и *не существует для права*.

В русской пивилистике данную мысль точно выразил Д. И. Мейер: «В этом случае, — писал он о ничтожности, — недействительность сделки совпадает с ее возникновением; так что, можно сказать, сделка рождается мертвой. Конечно, не может быть речи о каком-либо действии подобной сделки, о ее существовании, т. е. существовании *юридическом*, ибо фактически она все-таки существует в противном случае нечего бы и говорить о ней; сделка недействительная от начала заключения, совершенна, только юридически ее существование не признается, и сделка как бы вовсе не было — *ниль ашп еза*» (курсив мой. — Д. Т.). По определению другого известного русского юриста Е. В. Васильевского, «ничтожная сделка считается юридически не заключенной и не существующей...»⁷⁰ Вообще, благодаря вышнему пандектного учения о ничтожности и оспоримости представляется о ничтожной сделке как юридически несуществующей было практически общепризнанным в русской пивилистической доктрине.⁷¹

Против этой позиции обычно возражают, что недействительная сделка не является лишь те последствия, на которые направлена, но может вызывать иные, «пипичные» или «отклоняющиеся» правовые последствия, и в этом состоит ее отличие от сделки несуществующей.

В качестве основного последствия недействительной сделки, как уже отмечалось, называют *реституцию* (п. 2 ст. 167 ГК), «Реституция... — это *главное имущественное последствие недействительности сделки*», — набрано жирным шрифтом в последнем издании учебника гражданского права МГУ.⁷² Однако совершенно очевидно, что данная мера невозможна, если по сделке не передано какое-либо имущество. Следовательно, с недействительной сделкой как *таковой* это последствие не связано. Закон соединяет его с имущественным *предоставлением*. Конечно, последнее соотношение связано с недействительной сделкой, да и само по себе тоже, как правило, представляет сделку, прием сделку недействительную. Но выводить из этого, что реституция — это особое последствие недействительности (т. е. фактического состава «недействительная сделка-волеизъявление» + «недействительное предоставление») было бы преждевременно, ибо требуются доказательства специфического приора реституции, ее несомнения с общими последствиями специфического предоставления. Это замыкает логический круг, замкнуть который без

изменения устоявшихся в нашей доктрине представлений о недействительности невозможно.

Как еще одно «последствие» недействительной сделки иногда называют высканье в ископительных, установившихся законом случаях всего полученного по ней одной или обеими сторонами в доход государства (ст. 169 и 179 ГК). Если же сделка не состоялась, то оснований для применения этих последствий не усматривается.¹⁶ Только лишь упреченное намерение, которое не получило юридически законченной реализации, не должно наказываться,¹⁷ — пишет О.Н. Садиков.

Против этого следует возразить, что точно так же, как и реституция, конфискационные последствия связываются не с недействительной сделкой как таковой, а с произведенным по ней *фактическим обстоятельством*. По отношению к этим последствием сама по себе недействительная сделка — это, если пользоваться терминологией О.Н. Садикова, такое же «упреченное намерение», как и сделка «несостоявшаяся». Если же предоставление совершено, то оно и будет основанием для конфискации независимо от того, считается ли обусловившая его сделка *юридически существующей* или нет (фактически она, разумеется, существует, раз произошло ее исполнение). Нужно понимать, что конфискация, преследуя рубиционный интерес, установлена за конкретные противоправные действия, *имеющие характер истинной или заключенной сделки*, а вовсе не за то, что в их основании лежат юридически «сущностнолая», «состоявшаяся», односторонняя недействительная сделка, каковы бы ни были различия. При противоположном подходе сделка даже у самих сторонников данного Мера, в случае передачи имущества по договору, заключенному под влиянием неправового возмездия или в пользу одной из сторон (вымогательства, мошенничества и т. п.), для применения указанных последствий требовалось бы предварительное установление, согласованы ли все существенные условия договора, совершена ли сделка в надлежащей форме, прошла ли она в подпадающих случаях государственную регистрацию и т. п. Неполнота подобного вывода, с неизбежностью вытекающего из раскраиваемого подхода, очевидна.¹⁸ Санкции, установленные ст. 169 и 179 ГК, являются, таким образом, последствием противоправных действий сторон, а не самой недействительной, однако юридически «состоявшейся» сделки.¹⁹

Надо заметить, что иногда закон все-таки принимает во внимание факт совершения недействительной сделки и даже само ее содержание. Так, обязанность одной стороны возместить другой стороне реальный ущерб возникает в предусмотренных законом случаях (п. 1 ст. 171 и отсылочные к нему др. статьи § 2 Главы 9 ГК) независимо от того, произведено ли по недействительной сделке имуществовое предоставление, а также от того, что именно явилось непосредственной причиной ущерба — действия неправомерной стороны или самого потерпевшего (ущерб может состоять, например, в расходах, произведенных потерпевшим с целью получения собственного исполнения или принятия исполнения от другой стороны). Если, далее, сделка признана недействительной (ст. 169 ГК), и хотя бы частично исполнена одной из сторон, с другой стороны в доход государства высканье не только то, что она получила по сделке (как было показано, такое высканье является последствием самого предоставления), но и то, что с нее *приминалось* в возмещение полученного. При этом предмет и размер последней части высканья должны, очевидно, определяться исходя именно из содержания недействительной сделки. Затем в определенных случаях закон предусматривает возможность побой недействительной сделки, пель которой не провозаконена, в иную сделку, условиям совершения которой она удовлетворяет, хотя формально институт конверсии российскому ГК не известен. Закон и в других случаях может так или иначе принимать недействительную сделку во внимание, связывая с ней те или иные юридические последствия.

Важно, однако, понимать, что все указанные и иные возможные правовые последствия наступают не потому, что имеет место недействительная, но юридически «существующая» сделка, а потому, что такая сделка или тот фактический состав, который именуется сделкой, выполняет уже совсем другую нормативную схему, не совпадающую с той, которую не выполняет недействительная сделка, и предусматривает. Сходные последствия имеют место, например, при *конверсии* ничтожной сделки, однако в данном случае речь идет не о том, что такая сделка юридически существует, а о «новом фактическом составе, отличном от того, которому не соответствует дефактный акт, хотя бы и связанном с тем же последствием».²⁰ Таким образом, для наступления правовых последствий важно лишь то, чтобы фактический состав, рассматриваемый как недействительная сделка, выполнял какую-либо иную, альтернативную юридическую схему, с точки зрения которой он и будет действительным и «существующим». При этом не имеет никакого значения, является ли он в то же время «несуществующим», «несостоявшимся» или просто недействительной сделкой с точки зрения той схемы, на выполнение которой он был направлен. В этом отношении интересен один пример из судебной практики.

Арендодатель обратился в арбитражный суд с иском к арендатору о признании договора аренды здания незаключенным и выселении из него ответчика. Суд удовлетворил иск, и данное решение поддержали суды апелляционной и кассационной инстанций, а также Президиум ВАС. При этом в качестве основания для признания договора незаключенным послужило отсутствие в договоре условия о размере арендной платы, существование для подобных договоров (в качестве арендной платы стороны установили оплату арендатором за свой счет коммунальных услуг, однако суды справедливо не признали это формой арендной платы).²¹ Как представляется, в данном случае договор действительно является незаключенным, но лишь с точки зрения состава договора аренды. В то же время он идеально выполняет состав договора сууды (безвозмездного пользования), поскольку соответствует всем его условиям и не противоречит воле сторон, которая была выражена вполне определенно на совершение безвозмездной сделки. Поэтому для признания данного договора незаключенным на самом деле не было оснований, и арендодателю, желавшему прекратить договорные отношения, следовало действовать в порядке, предусмотренном для расторжения договора сууды. Однако применительным в этом примере является то, что квалификация договора по иной юридической схеме (т. е. как договора сууды) не зависела бы от его «незаключенности» с точки зрения состава договора аренды.

Или другой пример. Согласно п. 1 ст. 16 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. «О государственном материальном резерве»²² «при неоснованном уклонении поставщика от заключения государственного контракта (договора) на поставку материальных ценностей в государственный резерв в случаях, когда обязанность заключения государственного контракта (договора) установлена действующим законодательством, поставщик уплачивает штраф в размере стоимости пропущенных, определенных в проекте государственного контракта (договора)». Если рассуждать с точки зрения тех, кто связывает с юридическим «существованием» недействительной сделки определенные правовые последствия, то в приведенном примере следовало бы, очевидно, констатировать (в том, что касается ответственности поставщика или по крайней мере способа ее определения) юридическую значимость *незаконного* договора (государственного контракта), признавать, следовательно, что не только недействительные, но и юридически несуществующие» сделки могут порождать в известных случаях определенные негативные правовые последствия. На самом деле, конечно, незаконный государственный контракт здесь ни при чем: юридическое значение закон в данном случае придает самому *предмету* этого контракта как таковому, поэтому соответствующая юридическая схема будет выполнена, если этот проект будет отвечать требованиям, предусмотренным в от-

носятся к нему нормативной документации, и сможет быть идентифицирован с точки зрения последней именно как «проект государственного контракта».

Точно так же в случае предварительной ответственности за так называемую *свита и соитерндо* при ведении переговоров о заключении договора поставки (п. 2 ст. 507 ГК) основанием такой ответственности является конкретное поведение одного из контрагентов, а именно *уключение от согласования условий договора*, описанное в пункте правовой нормы (непринятие мер по согласованию условий договора поставщика и невыполнение другой стороны об отказе от его заключения в установленный срок). Насколько известно, никто еще не предпринимал попытки основания такой ответственности сам незаключенный договор, т. е. предпринятые переговоры и договоренности, не окончившиеся заключением договора. Между тем именно так следовало бы рассуждать с позиции тех, кто ускапливает в обязанности возмещения убытков неспособной стороне или лицу, заключившему договор под влиянием принуждения или обмана, правовые последствия недействительной, но юридически существовавшей сделки, т. е. следовало бы прийти к выводу, что не только недействительный, но и «незаключенный» договор может иногда иметь какой-то правовой эффект.

Итак, недействительная сделка не отвечает предусмотренной для нее нормативной схеме и в этом смысле *не существует для права*, не произошла связываемого с ее типом правового эффекта. Следовательно, она как сделка *не является юридическим фактом*. Это — действительный, для права *безразличное*. Оно не запрещается, но и не санкционируется объективным правом, не берет его на себя. Если же такая сделка производится иные правовые последствия, то это означает лишь, что она влияет на другую юридическую схему и именно с точки зрения последней является и существующей, и действительной.

Таким образом, «несуществование» как автономной правовой категории не является места в системе юридических понятий. В правовой плоскости оно совпадает и не может не совпадать с понятием недействительности, а также — с точки зрения форм порочности — с понятием ничтожности, что подтверждается всей историей этих концепций, самой логикой права и, в частности, нормативной деонтологией. Иными теоретическими соображениями, законодательным материалом и практическим опытом его применения. Попытки провести разграничение между неустойчивыми и ничтожными сделками в плоскости права приводит лишь к бессмысленным спорам в науке, а также пуганию в судебной практике и юридическом юристов. «Это явление — остаток влияния конструкций «юридический понятий»⁹ — было замечено еще в советской литературе 20-х гг. в связи с применением к ст. 130 действующего тогда Гражданского кодекса, закрепляющим это явление на законодательном уровне.¹⁰

В дополнение к выказанным выше соображениям следует заметить, что доктрина, настаивающая на расквалификации разграничения, должна была бы прежде всего выработать более или менее непротиворечивую концепцию несуществования как автономной категории — задача, до сих пор ею не выполненная. И, наконец, если бы эта концепция и в самом деле имела под собой какое-то основание, она никогда не ограничивалась бы только сферой палатологии сделки, но должна была бы распространиться прежде всего на *позитивное* учение о юридическом акте. В действительности же проблема несуществования обычно ставится сторонами как разграничение исключительных в связи с порочностью и недействительностью сделок. Никто не обращается к ней при изучении позитивного регулирования последних, например при рассмотрении понятия сделки или договора заключения договора, применительно к которым ее анализ был бы наиболее уместным. Это не может не свидетельствовать о том, что цель выделения категории несуществования в качестве автономной и отграничения ее от категории не-

действительности — предвзвешенно, если не всецело, утилитарная и конъюнктурная, что в свою очередь указывает на закономерное отсутствие под ней какого-либо прочного фундамента.

В ретроспективных предиктах *nullus* в применении к юридическому акту означает не негативную характеристику последнего, как современное предикаты «ничтожный» или «недействительный», а отрицание самого существования акта. *Nullus* был равнозначен *non nullus*, т. е. «неп акт». Для ретран, следовательно, акт либо существовал, и в таком случае он произвёл свой полный эффект и не мог считаться ничтожным, или же не существовал, и тогда не наступало никакого эффекта (см., напр.: *Maai A. Nulla (Storia) // Enciclopedia del Diritto*. Т. XXVIII. S. I. (на *Milano*). Giuffrè, 1978. P. 859 ss.; *Talamanca M. Incertezza del Diritto ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana // VIDR. Vol. CI-CII (1998—1999)*. 2005, *passim*; *id.* *Elementi di diritto privato romano*. *Milano*: Giuffrè, 2001. P. 117 ss.). Также и в источниках средневекового права, вплоть до эпохи кодификаций, умонасение сделки как ничтожной следует понимать в смысле ее несуществования (см., напр.: *Maai A. Op. cit.* P. 865); *впрочем*, применительно к средневековому праву вопрос является спорным.

Оправдание бытия (фр.)

Это выражение в том числе и спорники рассматриваемого разграничения (см., напр.: *Ressano P. Mancie del diritto privato italiano*. 7a ed. Napoli, 1987. P. 360 s.). Интересно заметить, что сегодня в российской юридической практике двинута проблема *проблемы*, в отсутствие какой-либо научно-догматической разработки, значимости, *напротив*, скорее практической (см. об этом ниже).

По этим вопросам отсылано к моему монографии: *Труев Д. О. Концепция «несуществования» в теории юридической сделки*. Томск: Пененг, 2006. С. 9—56.

Res de nullius sans texte (фр.) — неп ничтожности без текста (т. е. без прямого указания на нее в законе).

В качестве учебной гипотезы этот случай выделяется, например, в курсах гражданского права *Zachariae (Le droit civil français*. I. Paris, 1854. P. 15, 171) и *Demolombe (Cours de Code Civil*. II. Bruxelles, 1847. P. 8 s., т. 11: 140, т. 242: 189, т. 335) (цит. по: *Tommasini R. Nulla (Diritto privato) // Enciclopedia del Diritto*. Т. XXVIII. S. I. (на *Milano*). Giuffrè, 1978. P. 871, т. 24; *Maai A. Op. cit.* P. 866).

Matrimonium nullum, matrimonium non estens (лат.) — ничтожный брак, несуществующий брак.

См. об этом: *Scognamiglio R. Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2a ed. Napoli, 1969. P. 349 ss.; *Ferrari S. Incertezza e nullità del negozio giuridico // Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1958. P. 517; *Viana C. M. Diritto civile*. Vol. III. *Il contratto*. *Milano*: Giuffrè, 1995 (1st.). P. 578 s. Важно, *впрочем*, отметить, что сфера применения понятия несуществования не ограничивается еще от сферы применения понятия *ничтожности*, значение новой категории заключалось скорее в уточнении различия между *абсолютной* и *относительной* ничтожностью. *относительной* — *nullité relative* (аналогом нашей *оспоримости* во французской юридической терминологии), поскольку первая идентифицировалась в сущности с юридическим несуществованием (см.: *Scognamiglio R. Op. cit.* P. 331 s.; *Maai A. Op. cit.* P. 866).

См., напр.: *Tondo S. Invalidità e inefficacia del negozio giuridico // Novissimo Digesto Italiano*. Т. VIII. Torino, 1965. P. 996.

10 Тас: Scognamiglio R. *Op. cit.* P. 349 ss.; Tonido S. *Op. cit.* P. 996; Вилласа С. М. *Op. cit.* P. 579

11 Scognamiglio R. *Op. cit.* P. 337.

12 Tonido S. *Op. cit.* P. 997.

13 См.: Tommasini R. *Op. cit.* P. 872.

14 Об этом см. ниже.

15 *Contraddictio in terminis* (лат.) — противоречие в терминах.

16 Tallantera M. *Insistenza, nullità ed inefficacia*. P. 4.

17 См.: Kertari S. *Op. cit.* P. 517 s., п. 6.

18 Fedele A. *La nullità della negozio giuridico di diritto privato*. Torino, 1943. P. 32.

19 См.: De Giorgi V. *La nullità nella logica del diritto*. Napoli: Morano, 1964. P. 61 s.

20 Pugliesi S. *Giurì giuridici / Revisione e aggiornamento di A. Falga, con prefazione di N. Imb. Milano, 1996. P. 156. Ср.: Эннексерус Й. Курс германского гражданского права. Т. 1. Парм. 2. М., 1950. С. 307. «По внешности ничтожная сделка существует, однако она существует не в качестве юридической сделки, так как право окончательно не признает за ней правовых последствий, связанных с юридической сделкой, т. е. показаний в качестве «желательных» (выделено мной. — Д. Т.).*

21 Fedele A. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano, 1941. P. 39.

22 Conso G. *Il consenso e le specie d'impossibilità: Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali reali*. Milano: Giuffrè, 1972 (1st. maior. dall'ed. 1955). P. 36. См. также: Finzi E. *Studi sulle nullità del negozio giuridico*. I. L'art. 1311 del Codice civile. Bologna, 1920. P. 71 s.; Kubito D. *La fattispecie e gli effetti giuridici prefalliti*. Milano, 1939. P. 84 ss.; Fedele A. *Op. cit.* P. 31 ss.; Tallantera M. *Insistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'evangelica romana*. P. 9, особ. п. 36.

23 Например, при продаже товаров в распродажу (абз. 2 п. 1 ст. 489 ГК).

24 В частности, договоры розничной купли-продажи (ст. 493 ГК), розничной купли-продажи с использованием автоматов (п. 2 ст. 498 ГК), энергооборота (абз. 1 п. 1 ст. 540 ГК), займа (абз. 2 п. 1 ст. 807 ГК).

25 См., напр., п. 2 прп. к информационному письму Президиума ВАС РФ от 24.09.2002 № 69 «Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены» // *Вестник ВАС РФ*. 2003. № 1; Обобщение практики рассмотрения споров РФ дел по спорам между гражданами и организациями, привлекающими денежные средства граждан для строительства многоквартирных жилых домов // *Вопросы Верховного Суда РФ*. 2003. № 2; постановления Президиума ВАС РФ от 13.02.2002 № 4658/00, от 15.02.2002 № 7715/01 и от 20.02.2002 № 6810/01 // *Вестник ВАС РФ*. 2002. № 5, 7, 8, от 27.04.2002 № 11011/01 // *Вестник ВАС РФ*. 2002. № 9. И наоборот, договоры, отменяющие эти требования ссылаются законодательными (см., напр., постановления Президиума ВАС РФ от 14.01.2003 № 9523/02).

26 Такая практика в законе негласно отрицается и на судебной практике. Так, Президиум ВАС РФ отменяет постановления нижестоящих судов, признающих договоры недействительными вследствие несогласования в них условий, в самом законе указанных в

20 *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, № 10, 2006

качестве существенных или необходимых, на том основании, что в действительности эти условия существенными не являются (см., напр., постановления Президиума ВАС РФ от 28.05.2002 № 1663/01, 18.06.2002 № 2327/02 // *Вестник ВАС РФ*. 2002. № 9).

27 См., напр.: Лутников О. В. *Недействительные сделки в гражданском праве*. Теория и практика оппортунизма. М.: Вертопор-Пресс, 2003. С. 102.

28 О проблеме защиты интересов добросовестного приобретателя, не становящегося собственником в силу ст. 302 ГК, и ее предпосылками см.: Трубецкой Д. О. Отчуждение имущества неправомочными лицами: вопросы юридической квалификации договора // *Законодательство*. 2003. № 6.

29 Нельзя согласиться с мнением, что такая сделка является недействительной, а невозможность ссылаться на свидетельские показания в ее подтверждение представляется собой один из примеров, когда «недействительные сделки по правому указанию закона порождают правовые последствия, отличные от последствий их недействительности» (Сергеев А. П. Некоторые вопросы недействительности сделок // *Очерки по торговому праву*. Сб. науч. тр. Вып. II / под ред. Е. А. Крашенинникова. Ярославль, 2004. С. 19 и сл.). Если бы такая сделка была недействительной, как полагает А. П. Сергеев, то проблемно использование свидетельских показаний вообще бы не возникло, ибо ничего было бы и доказывать.

30 Суды относятся: продажа жилого помещения (п. 2 ст. 538 ГК); продажа предприятия (п. 3 ст. 560 ГК); договор аренды здания или сооружения на срок не менее года (п. 2 ст. 651 ГК); аренда предприятия (п. 2 ст. 658 ГК).

31 Такие нормы, действующие в отношении договора об ипотеке (см. абз. 3 п. 1 ст. 10 Федерального закона от 16.07.98 «Об ипотеке (залоге недвижимости)», см. также п. 4 ст. 339 ГК).

32 Иначе необходимо к толкованию п. 1 ст. 165 ГК О. В. Лутников, считая сферу ее действия по меньшей мере соотносительной со сферой действия п. 3 ст. 433 ГК (см.: Лутников О. В. *Указ*. сч. С. 86).

33 Следует иметь в виду, что в силу уже рассмотренного принципа относительности юридического факта «заключенный» в указанном смысле договор еще до его государственной регистрации включается в определенную (предварительную) легальную схему и порождает связываемые с ней последствия, такие, например, как сама возможность быть объектом государственной регистрации и право каждой стороны требовать от другой принятия мер для такой регистрации (вопреки выказываемому иногда мнению, что спор нест «рублично-правовой обязанности», т. е. обязанности перед государством, провозгласив регистрацию, но лишь обязанности друг перед другом). Эти правовые последствия еще раз подтверждаются энциклопедическим словарем «Юридический словарь» и незначительным договором, поскольку согласно документу, подтверждающей это различение, незначительный договор, будучи правовым «ничто», не мог бы порождать никаких правовых последствий. Что же касается государственной регистрации, то после ее совершения сложной фактической состоит — договор + акт его регистрации — выполняет уже другую легальную схему, порождая соответствующее договорное обязательство.

34 Одним из немногих исключений в этом плане является позиция В. П. Шахматова, отрицающего самостоятельность категории несовершенных сделок и полагающего, что последствия исполнения таких сделок определяются по правилам, установленным для недействительных сделок (Шахматов В. П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967. С. 93). В пользу этой точки зрения в современной литературе см.: *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая*.

35 Свободная трибуна 21

Натурно-практический комментарий / отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабанкин, В. П. Мозолин. М.: Бек, 1996. С. 632 (автор комм. к ст. 432 — Н. И. Соловьевичко). «Признание договора незаключенным влечет за собой последствия недействительности сделки». Лунинков О. В. Указ. соч. С. 82 сл. Категория недействительной и незаключенной сделки рассматривается как синонимы и некоторыми другими авторами. Так, согласно А. М. Эрделевскому и О. Н. Рыковой «без включения одного из существенных условий договор не может быть заключен, т. е. сделка не может быть совершена, и договор в целом будет недействительным» (Гражданское право. Часть первая: Учебник / под ред. А. Г. Капнина, А. И. Маслова. М.: Юрисп., 1997. С. 175).

Как отмечалом западные исследователи советской теории недействительных сделок, «учение о неусушествовании, кажется, никогда не было развито в СССР... лишь понятие недействительности сделки могло бы приближаться к категории сделки неусушествующей, но ни Новикский, ни другие юристы не оспаривались на этом. <...> С другой стороны, толкование общих норм о недействительности сделок судами было всегда настолько расширительным, насколько это было необходимо для того, чтобы сделать изъяснимым создание фигуры «неусушествовании» как гипотезы недействительности, не предусмотренной законом, в самом деле, советские суды всегда умели использовать при необходимости нормы «на все случаи», пиские как ст. 30 первого Гражданского кодекса РСФСР (Стефан Вегригг Г., Сассо К. Le traité de droit des contrats et des obligations // Rivista di diritto civile. 1979. Pt. I. P. 210).

Исключение составляет подход В. А. Белова, который, поддерживая разграничение между недействительными и неусушествующими сделками, выводит его, однако, не из закона, а из судебной практики. Обращая внимание на коллизию предписаний ГК относительно последствий несоблюдения формы сделки, он пишет: «Полагаем, что в Кодексе смешаны две различные вещи — действительность договора и его отсутствие. Хотя законодательству и неизвестно понятие «незаконченного договора», судебная практика им широко оперирует» (Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Учебник. М., 2002. § 520. С. 262). На коллизию норм ГК, определяющих последствия несоблюдения формы сделки, обращает внимание также Н. Д. Шестакова, по мнению которой «необходимо устранили коллизию норм путем определения случаев, когда не соответствующие формы сделки требуются законом или соглашения сторон влечет недействительность сделки, а когда сделка считается незаключенной» (Шестакова Н. Д. Недействительность сделок. СПб., 2001. С. 41). Оставаюсь бы, однако, объяснить цели проведения в законе подобного разграничения.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / отв. ред. О. Н. Садиков. М., 1997. С. 355. См. также: Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / отв. ред. О. Н. Садиков. М.: Юрисп., 2001. С. 327 (автор главы — О. Н. Садиков).

Гражданское право России. С. 327.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). С. 700.

Гражданское право России. С. 326.

Советское гражданское право. Часть I. Изд. 3-е, перераб. и доп. / отв. ред. В. А. Рясенцев. М., 1986. С. 206.

См. также: там же. С. 217 сл.

Хейфец Ф. С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. М.: Юрлит, 1999. С. 34.

22. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, №10, 2006

44. См. также: там же. С. 32 сл., 86 сл.

45. Там же. С. 49.

46. См.: Советское гражданское право. Том I / отв. ред. В. П. Грибанов, С. М. Корнеев. М., 1979. С. 232, 467.

47. См.: Гражданское право. Том I. Учебник. Изд. 6-е, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2002. С. 293, 295, 308.

48. Там же. С. 312.

49. Такая позиция современном доктрине относительно минимой «концентрации» законодателя сильно напоминает отношение к римской юридической мысли пандектистов, вошедших в историю как единому нормативную данность и пытавшихся придать явные противоречия между высказываниями римских юристов, а также между ними и императорскими конституциями, проистекающие на самом деле из разнородности составившего Sources *ius* materia (см. об этом: Базанов И. А. Интерпретация метод в цивилистических исследованиях // Цивилистические исследования. Ежегодник гражданского права. Вып. II (2005) / под ред. Б. Д. Хаскельберга, Д. О. Труева. М.: Статут, 2006).

50. Равным образом не представляется интереса и анализ маргинальных суждений типа того, что неусушествующая сделка тоже является юридическим фактом (см.: Лунинков О. В. Указ. соч. С. 100, 105 сл.) или что «гражданин установления факта незаконной сделки ближе к порядку признания недействительной оспоримой сделки» (Зыченко С., Газарьян Б. Ничтожные и оспоримые сделки в практике предпринимательства // Хозяйство и право. 1997. № 2; Анохин В. Недействительность сделок в практике арбитражного суда // Хозяйство и право. 2001. № 8. С. 98).

51. См., напр., постановления Президиума ВАС РФ от 27.04.2002 № 11011/01 // Вестник ВАС РФ. 2002. № 9; от 14.01.2003 № 1/03 и от 28.01.2003 № 9523/02.

52. См., напр., постановления Президиума ВАС РФ от 03.04.2002 № 7611/01 и от 24.04.2002 № 2602/01 // Вестник ВАС РФ. 2002. № 8, 9; от 30.01.2002 № 2302/01 // Вестник ВАС РФ. 2002. № 5.

53. См., напр., постановление Президиума ВАС РФ от 28.05.2002 № 1663/01 // Вестник ВАС РФ. 2002. № 9.

54. Постановление Президиума ВАС РФ от 03.12.2002 № 6135/01 // Вестник ВАС РФ. 2003. № 3.

55. Постановление Пленума ВАС РФ от 24.05.1994 № 13 // Вестник ВАС РФ. 1994. № 9. Интересно, что при этом постановление опубликовано под заголовком: «Договор аренды считается незаключенным, если в нем отсутствует хотя бы одно из основных условий, содержащихся в п. 2 ст. 7 Основ законодательства об аренде».

56. См. постановление Президиума ВАС РФ от 20.02.2002 № 6810/01 // Вестник ВАС РФ. 2002. № 8. Ср. с примером из практики Госарбитража СССР, приведенным В. П. Шахматовым (Шахматов В. П. Указ. соч. С. 91).

57. В отличие от судебного органа законодатель вряд ли может допустить в тексте нормативного акта подобное словотупоупреждение (см. цитированный уже п. 2 ст. 651 ГК «договор... заключенный на срок не менее года, подписан государственным регистрирующим и считается заключенным с момента такой регистрации»).

Свободная трибуна

Напротив, в смысле фактического несуществования представляется себе категория «незаключенного» договора В. А. Белое, когда указывает на «протоиерейскую договоренность» и признания договора незаключенным: «Если истец приобретет признание договора «незаклученным» то, как можно вообще расценивать о каком-то договоре?» (Белое В. А. Указ. соч. С. 262, ст. 167).

См. подробнее: Тугов Д. О. Концепция «несуществования» в теории юридической сделки С. 15—22.

См., напр., постановление Президиума ВАС РФ от 10.01.2003 № 6498/02 и от 28.01.2003 № 7291/02.

Толмачин Р. Ор. ст. Р. 872.

См., напр.: постановление Президиума ВАС РФ от 25.11.97 № 5397/97 // *Вестник ВАС РФ*. 1998. № 3. С. 61; п. 4 Обзора отдельных постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по спорам, связанным с признанием сделок недействительными [Изложение] // *Хозяйство и право*. 2001. № 4. С. 127.

См., напр.: Садыков О. Н. Недействительные и неосуществившиеся сделки // *Юридический мир*. 2000. № 6. С. 8 (впрочем, применительно к неосуществившимся сделкам автор не упоминает почему-то выданный), Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постоянный) / отв. ред. О. Н. Садыков. М., 1997. С. 336. Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / отв. ред. О. Н. Садыков. М.: Юрисп, 2001. С. 327; Шестакова Н. Д. Указ. соч. С. 40 и сл. (при незаключенности договора — только неосуществительное обогащение).

Впрочем, иногда возникает и коллизия в связи с уже показанной протиевропейской концепцией «незаклученности». Так, в рассмотренном выше примере с незарегистрированным договором, который тем не менее суды квалифицировали как ничтожный, преобладали о реституции были удобовольственны, и с этим решением согласился также Президиум ВАС РФ.

См. об этом: Тугов Д. О. Реституция и виндикация: проблемы соотношения // *Вестник ВАС РФ*. 2002. № 3. Он же. Реституция и реституционные правоотношения в гражданском праве России // *Цивилистические исследования*. Сб. научных трудов памяти проф. И. В. Федорова / под ред. Б. Л. Хавкельберга, Д. О. Тугова. Вып. I. М.: Статут, 2004.

Необходимо иметь в виду, что условия действительности оспоримой сделки, которая также характеризуется невыполнением легальной схемы вследствие пороков ее состава, связана с тем, что она вынуждает иную, провавторную и редуцированную схему договорной той же самой правовой сфере, однако под условием, что сделка не будет впоследствии аннулированной. Это объяснение, хотя на первый взгляд оно может показаться искусственным и конвенциональным, верно отражает особенность механизма правового регулирования в данном случае.

Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2 частях. Ч. I. М.: Статут, 1997 (по цит. и др. 8-му изд. 1902 г.). С. 203 сл. «...Сделки незаконные, — отмечал он в другом месте, — не считаются действительными, следовательно, и существующими» (там же С. 179).

Васьковский Е. В. Учебник гражданского права. М.: Статут, 2003 (по изд. 1894 г.). § 15. С. 174. В другом месте он указывает: «Недействительные сделки, в которых отсутствует какой-либо из существенных элементов» (там же С. 177).

24 Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, № 10, 2006

См., напр.: Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Статут, 1995 (по изд. 1907 г.). С. 126. Ничтожность сделки «по закону не производится никаких юридических последствий, как будто спорная не совершал никаких юридических актов»; Рындин-Камин Н. К. Юридические энциклопедии. 1907. С. 181 (цит. по: Законы гражданского с развешиванием Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И. М. Поляков. Кн. IV. М.: Статут, 2004 § 311. С. 40): «Ничтожность акта бытия в том случае, если он не имеет всех условий, необходимых для его бытия и действия, такой акт считается как бы несуществующим». В литературе первых лет советской власти см., напр.: Вагин Н. Ст. 30 Гражданского кодекса и последствия ее нарушения // *Право и жизнь*. 1925. Кн. I. С. 17. Он же. Ничтожные сделки (Ст. 30 Гражд. код. РСФСР и УССР и последствия ее нарушения). М.: Правовая защита, 1926. С. 3; ничтожная сделка «не производит никаких юридических последствий, как если бы ее вовсе не было...». Некоторые авторы хотя прямо и не отождествляли несуществующие и ничтожные сделки, не видели между ними особых различий. См., напр.: Табарюс Ю. С. Курс гражданского права. Т. I. Часть общая. СПб., 1911. С. 714: «...Различие между так наз. «несуществующими» и ничтожными иро иже актами имеет более теоретическое, чем практическое значение: те и другие оказываются одинаково ничтожными на основании закона и неважно от их признания таковыми по суду».

См.: Гражданское право. В 4 т.: 3-е изд. / отв. ред. Е. А. Суханов. Т. I. Общая часть. М., 2004. С. 508.

См., напр.: Садыков О. Н. Указ. соч. С. 8; Шестакова Н. Д. Указ. соч. С. 40 и сл.; Мындра Д. И. Несовременность и недействительность гражданско-правовых сделок // *Визант. Менеджмент. Право*. 2002. № 1. С. 68 и сл.

Садыков О. Н. Указ. соч. С. 8.

На это правильно было обращено внимание в литературе (см.: Гунников О. В. Указ. соч. С. 102 сл.).

Другой вопрос: насколько правомерным является установление рассматриваемой публично-правовой санкции в Гражданском кодексе? Ничем не отпихиваясь по своей сути от условного наказания (исключенного, впрочем, из системы наказаний действующего УК РФ), она в то же время не предусматривает никаких гарантий для наказуемого, действующих при применении условной санкции в условном процессе. Впервые введенная в наше законодательство с принятием ГК РСФСР 1922 г. (ст. 147), первоначально она могла применяться даже независимо от вины, ввиду отсутствия в том же ГК общего положения о недействительности сделки, не соответствующей закону, что вывело тогда широко дискуссия в литературе. Подобный упрощенный механизм наказания в рамках гражданского судопроизводства в свое время был призван подвести «законную» основу под провозглашение советских судье в «борьбе с незаконными сделками», однако в современной частнопредметной кодификации ему вряд ли может быть место. Ни одному законодательному кодексу он не издается (подробнее см.: Тугов Д. О. Реституция в гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. С. 7, 22 и сл.).

Подробнее см.: Тугов Д. О. Конвенция ничтожных сделок в российском гражданском праве // *Вестник ВАС РФ*. 2004. № 7.

Сонго Г. Ор. ст. Р. 36. «... Не следует думать, — подчеркивала, говоря о конверсии, Сальватере Пьяланти, — что эти последствия, которые не могут быть связаны с несуществующей юридической сделкой, происходят исключительно из ее элементов, рассматриваемых как существующие автономно, или же из самой сделки, рассматриваемой как существующая фактически: они возникают, если и поскольку эти элементы способны вылиться в другую юридическую сделку, рождающуюся вместе той, которая бы совершалась, если бы не отсутствовал один из конститутивных эле-

Свободная трибуна

25

ментов, и составляющую юридическое основание этих последствий» (Рудянт С. О. *цит. Р. 157 с.*).

См. п. 12 приложения к информационному письму Президиума ВАС РФ от 11.01.2001 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» // *Вестник ВАС РФ* 2002. № 3.

СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 3.

Рявечи С. Пересмотр основных положений о форме сделок // *Еженедельник советской юстиции*. 1928. № 11. С. 321.

Речь в этих приложениях шла о том, что в случае несоблюдения поименованной формы договора, предусмотренной законом, или определенной формы, установленной созданием сторон, такой договор должен был рассматриваться как несоответствующий. В то же время несоблюдение формы, предусмотренной законом под строгим несоблюдением, влекло его недействительность (ст. 29 ГК РСФСР 1922 г.). «Однако в практическом применении это различие складывается без осмыслимости, — комментировал данные положения проф. Яблочков: — в том и другом случае сделки окончательно лишены первоначальной действительности. Дальнейшие последствия сделки недействительной и сделки несоответствующей одни и те же: стороны восстанавливаются в первоначальное положение, возвратом друг другу полученного (ст. 151 ГК)» (Яблочков Т. М. Форма договора и последствия ее несоблюдения // *Вестник советской юстиции*. 1926. № 3. С. 110 и сл.). Тем же автором обращалось внимание, что «Циркуляром Верх. Суда УССР № 3 (ф. Цирк. Верх. Суда РСФСР № 68) сохраняется искусственное различие сделки недействительной и несоответствующей и для обоих случаев нарушения формы предписания: применением в судебном решении последствий недействительности, указанных в ст. 151 ГК» (там же. № 4. С. 146). В отношении уклонения о «последствиях недействительности» согласно ст. 151 необходимо заметить, что в ГК РСФСР 1922 г. они конструировались как обязанность возврата неосновательного обогащения, а во всем в качестве какого-то особого правового последствия недействительной сделки в вид реституции, хотя доктринальная концепция последней начинается формулировкой уже в том период (см., напр.: Гражданское право. Т. I / под ред. М. М. Азаркова и Д. М. Яблокова. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. С. 102 и сл.).

В.В. Васнев

Уступка прав из обязательств, которые возникнут в будущем

Изучение вопроса об уступке прав из обязательств, которые возникнут в будущем, имеет большое значение в связи с ростом распространенности данного института в современной экономике и практике. Во многих зарубежных странах и на международном уровне активно используются механизмы финансирования, юридически опосредуемые договорами, предметом которых являются «несуществующие», будущие права (факторинг, секьюритизация, проектное финансирование и др.). Действующее законодательство и судебная практика во многом тормозят применение таких механизмов в России. В связи с этим нормативная база, по-видимому, будет реформироваться. Проект реформы уже готовится Федеральной службой по финансовым рынкам РФ.

Представляется, что в связи с прилипами изменениями в российском законодательстве вопросу об уступке прав из обязательств, которые возникнут в будущем, должно быть уделено повышенное внимание.

Понятие будущего права

В Главе 24 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), посвященной общим положениям о пещии, понятие будущего права не используется. Его легальное определение дано в ст. 826 ГК РФ применительно к договору финансирования под уступку денежного требования. Данная норма под будущим требованием понимает «право на получение денежных средств, которое возникает в будущем». Возможны две трактовки этого определения. Согласно первой — будущие права отождествляются с «несовершенноправными»,¹ то есть правами из существующего обязательства, срок реализации которых еще не наступил. Пещия будущих прав, таким образом, представляет собой перемету лица в уже возникшем обязательстве, но до момента, когда требование должно быть исполнено должником.

Второй вариант толкования основан на понимании будущих прав как прав, вытекающих из обязательства, которое возникает в будущем. В таком случае существующим правом следует считать право, являющееся элементом существующего обязательства, вне зависимости от того, наступил срок его реализации или нет. Такую трактовку отстаивает, в частности, Д.А. Новоселова. Автор обосновывает свою точку зрения путем системного толкования нормы ст. 826 ГК РФ и норм Главы 24 ГК РФ. Статья 382 ГК РФ определяет предмет пещии как «право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства». Из данного определения отнюдь не следует, что передаваемое право должно быть правом с наступившим сроком исполнения и не может быть «несовершенноправным». Д.А. Новоселова указывает на то, что «если понимать под будущим требованием в контексте п. 1 ст. 826 ГК РФ только требование, по которым не наступил срок платежа, то включение этого положения в закон излишне, поскольку общие положения о пещии (Глава 24 ГК РФ) не исключают возможности уступки прав, поставленных в зависимость от срока». Поскольку законодатель специально выделяет понятие будущего права, оно долж-