

# ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Сборник статей
к 100-летию со дня рождения
профессора В.П. Грибанова

Debevoise & Plimpton

СТАТУТ



Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ
Кафедра гражданского права

# ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Сборник статей
к 100-летию со дня рождения
профессора В.П. Грибанова

*Ответственные редакторы*
*Е.А. Суханов и А.Е. Шерстобитов*

Москва • 2021

СТАТУТ

Debevoise & Plimpton

УДК 347.121
ББК 67.404.06
П78

П78 **Проблемы осуществления и защиты гражданских прав** : сборник статей к 100-летию со дня рождения профессора В.П. Грибанова / отв. ред. Е. А. Суханов и А. Е. Шерстобитов ; Московский гос. ун-т им. М.В. Ломоносова, юрид. фак., кафедра гражданского права. – Москва : Статут, 2021. – 492 с.

ISBN 978-5-8354-1720-9 (в пер.)

Настоящий сборник статей ученых и специалистов в области гражданского права посвящен памяти выдающегося отечественного цивилиста профессора В.П. Грибанова (1921–1990) в связи с его 100-летним юбилеем. Большинство его авторов являются преподавателями и выпускниками кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, которую он возглавлял около 20 лет, а многие из них – его учениками, последовательно развивающими в своих работах научные идеи и взгляды профессора В.П. Грибанова. В статьях сборника освещаются основные проблемы осуществления и защиты субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей участниками современного гражданского оборота, в том числе в сферах договорного, вещного и корпоративного права, а также интеллектуальных прав. В них анализируется действующее законодательство и правоприменительная практика, а также основные направления и перспективы их развития.

Для ученых и практикующих юристов, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для всех интересующихся проблемами гражданского (частного) права.

УДК 347.121
ББК 67.404.06

*Издательство выражает искреннюю признательность*
*компании «Дебевойз энд Плимптон»*
*за помощь в издании настоящей книги*

ISBN 978-5-8354-1720-9

© Коллектив авторов, 2021
© Редподготовка, оформление. Издательство «Статут», 2021

## СОДЕРЖАНИЕ

**Сведения об авторах**.....6
**Предисловие**.....9

**ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ**

**Витрянский В.В.**
Пределы осуществления и способы защиты гражданских прав: проблемы судебного толкования .....14

**Шерстобитов А.Е.**
Гражданско-правовая защита прав потребителей в России: становление и развитие.....25

**Суханов Е.А.**
Понятие недвижимости в законопроекте о вещном праве .....58

**Третьяков С.В.**
Между осуществлением и распоряжением правами: концепция субъективного (частного) права Ойгена Бухера .....72

**ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ**

**Синицын С.А.**
Непреодолимая сила в обязательстве.....101

**Ульбашев А.Х.**
Сущность морального вреда в гражданском праве.....131

**Ягельницкий А.А.**
О потребительском штрафе как мере гражданско-правовой ответственности .....152

## ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВ

**Козлова Н.В., Филиппова С.Ю**.
Эволюция принципов государственной регистрации
юридических лиц ..... 174

**Ломакин Д.В.**
Дополнительные права участников общества с ограниченной
ответственностью: понятие, признаки, перспективы развития..... 201

**Телюкина М.В.**
Конкурсная трансформация механизмов осуществления
гражданских прав аффилированными/контролирующими
лицами должника ..... 218

**Егоров А.В**.
Злоупотребления корпоративными правами:
виды и способы защиты ..... 235

## ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ДОГОВОРНЫХ ПРАВ

**Усачева К.А.**
Об истории российского договорного права:
от проекта Гражданского уложения Российской империи
к Гражданскому кодексу Российской Федерации ..... 287

**Свирков С.А.**
Развитие механизма субабонентских отношений
и проблемы осуществления гражданских прав..... 338

**Щербаков Н.Б.**
Еще раз о гарантийном удержании ..... 350

**Мартьянова Т.С.**
Договор страхования как гражданско-правовая форма
оказания финансовых услуг ..... 361

**Башкатов М.Л.**
Принцип номинализма в денежных обязательствах
(по английскому праву) ..... 373

## ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

**Ворожевич А.С.**
Границы и пределы осуществления исключительных прав:
сущность, принципы и проблемы установления..... 405

**Щербак Н.В.**
Проблемы расширения сферы свободного использования
результатов интеллектуальной деятельности и средств
индивидуализации ..... 450

**Зенин И.А.**
Искусственный интеллект и право интеллектуальной
собственности: шаги навстречу? ..... 467

**Бузанов В.Ю**.
Фирменные наименования в «фирменном»
Гражданском кодексе: 25 лет спустя ..... 479

## СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

**БАШКАТОВ Максим Леонидович** – ассистент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, магистр частного права (РШЧП);

**БУЗАНОВ Виктор Юрьевич** – канд. юрид. наук, доц. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;

**ВИТРЯНСКИЙ Василий Владимирович** – докт. юрид. наук, проф., заслуженный юрист РФ, зам. Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ в отставке;

**ВОРОЖЕВИЧ Арина Сергеевна** – канд. юрид. наук, ассистент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;

**ЕГОРОВ Андрей Владимирович** – канд. юрид. наук, проф. НИУ ВШЭ;

**ЗЕНИН Иван Александрович** – докт. юрид. наук, проф. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, заслуженный профессор МГУ;

**КОЗЛОВА Наталья Владимировна** – докт. юрид. наук, проф. кафедры гражданского права и зам. декана юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;

**ЛОМАКИН Дмитрий Владимирович** – докт. юрид. наук, проф. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;

**МАРТЬЯНОВА Татьяна Сергеевна** – канд. юрид. наук, доц. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;

**СИНИЦЫН Сергей Андреевич** – докт. юрид. наук, и.о. зам. директора и ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ;

**СВИРКОВ Сергей Александрович** – докт. юрид. наук, зам. начальника службы – начальник отдела АО «Техническая инспекция ЕЭС»;

**СУХАНОВ Евгений Алексеевич** – докт. юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ, зав. кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, науч. рук. Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ;

**ТЕЛЮКИНА Марина Викторовна** – докт. юрид. наук, проф. Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ;

**ТРЕТЬЯКОВ Сергей Васильевич** – канд. юрид. наук, доц. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, профессор кафедры теории и истории частного права и кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ;

**УСАЧЕВА Ксения Александровна** – канд. юрид. наук, магистр частного права, ассистент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доц. кафедры обязательственного права Российской школы частного права;

**УЛЬБАШЕВ Алим Хусейнович** – канд. юрид. наук;

**ФИЛИППОВА Софья Юрьевна** – канд. юрид. наук, доц. кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;

**ШЕРСТОБИТОВ Андрей Евгеньевич** – докт. юрид. наук, проф. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;

**ЩЕРБАК Наталья Валерьевна** – канд. юрид. наук, доц. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;

**ЩЕРБАКОВ Николай Борисович** – ассистент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, государственный советник юстиции 1 класса;

**ЯГЕЛЬНИЦКИЙ Александр Александрович** – канд. юрид. наук, доц. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

# ПРЕДИСЛОВИЕ

11 февраля 2021 г. исполнилось 100 лет со дня рождения выдающегося отечественного ученого-цивилиста, профессора Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова Вениамина Петровича Грибанова (1921–1990 гг.), который на протяжении более чем полутора десятилетий возглавлял кафедру гражданского права юридического факультета МГУ. В.П. Грибанов внес большой вклад в развитие как научных цивилистических исследований, так и лучших отечественных традиций университетского юридического образования, создав и воспитав целую школу ученых и педагогов в области гражданского права.

Профессор В.П. Грибанов был ярким представителем «могучей кучки» российских цивилистов советского периода, прошедших суровую школу Великой Отечественной войны, на долю которых выпали самые трудные и героические годы истории нашей Родины. Гвардии майор в отставке и инвалид войны I группы, кавалер четырех боевых орденов (свой последний, «мирный», орден Трудового Красного Знамени он получил за многолетнюю плодотворную работу в МГУ), командир артиллерийского дивизиона гвардейского Севастопольского артиллерийского полка прославленной Таманской гвардейской стрелковой дивизии, до последних дней возглавлял советы ветеранов этой войсковой части и юридического факультета МГУ. Его имя теперь носит одна из улиц города-героя Волгограда.

Возможно, фронтовая закалка помогла ему сформировать редкие душевные качества, так привлекавшие коллег и научную молодежь. Вениамин Петрович Грибанов был не только глубоким ученым в области гражданского права, но и замечательным педагогом и наставником научной молодежи, многочисленные ученики которого в настоящее время с успехом продолжают дело своего Учителя, воспитывая новые поколения цивилистов.

Научное внимание Вениамина Петровича было обращено к общим, фундаментальным проблемам гражданского права – методологии цивилистики и социальной ценности гражданского права, категории интереса в гражданском праве, эффективности применения гражданского законодательства и гражданско-правовых средств, общим

тенденциям развития обязательственного права, гражданско-правовой ответственности и защите гражданских прав. Его творчество отличалось широтой интересов – перу В.П. Грибанова принадлежат глубокие и не утратившие актуальности труды по проблемам природы и систематизации гражданско-правовых сроков, понятия и содержания права собственности, сущности юридических лиц, правового регулирования договоров купли-продажи и жилищного найма. Но ядром его научной деятельности, несомненно, была проблематика осуществления и защиты гражданских прав и борьбы со злоупотреблением правом, ставшая основой главного труда его жизни – монографии «Пределы осуществления и защиты гражданских прав» (1972 г.), которая первой среди немногочисленных юридических работ была удостоена Ломоносовской премии МГУ[1].

В этой монографии, как и в предшествовавших ее появлению ряде своих статей, профессор В.П. Грибанов разработал целостную концепцию осуществления и защиты субъективных гражданских прав. Ее основу составили результаты последовательно проведенного им глубокого анализа учения о субъективном праве; о принципах, способах и сроках осуществления гражданских прав; о пределах их осуществления и злоупотреблении правом как одном из таких пределов (социальной границе надлежащего осуществления права); об осуществлении управомоченным лицом права на защиту и о гражданско-правовой ответственности как одной из форм защиты субъективных гражданских прав.

Одной из центральных категорий его исследования стало понятие интереса, рассматриваемого им в качестве потребности, принявшей форму сознательного побуждения и проявляющейся в виде различных намерений, стремлений и желаний субъектов гражданского права. Опираясь на него, В.П. Грибанов сформулировал два основополагающих постулата, использованных им для обоснования возможности утраты субъектом своего гражданского права в связи с его осуществлением в противоречии с общественным интересом. Во-первых, нормы объективного права должны обеспечивать баланс разнообразных и противоречивых интересов общества и составляющих его индивидов, существо которого отражают начала социальной справедливости. Во-вторых, удовлетворение интересов управомоченного лица является

[1] См.: *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000 («Классика российской цивилистики», в которой наряду с названной монографией помещены и некоторые другие его труды).

целью субъективного права, а оно само есть средство удовлетворения этих интересов. Следовательно, круг признаваемых законом и социально значимых интересов, для удовлетворения которых используется субъективное право, определяет не содержание данного права, а его социальное назначение и сферу использования, т.е. пределы его осуществления и защиты[1].

Эти идеи В.П. Грибанова имеют не только теоретическое значение – они не менее важны и для законотворчества, и для правоприменительной, в том числе судебной, практики. Разработанное им учение об осуществлении субъективных гражданских прав и о его принципах позволило четко сформулировать в законе и провести в судебной практике соотношение вещного права собственности и обязательственного права доверительного управляющего на имущество, переданное ему собственником в управление. Ведь в такой ситуации речь идет не о «расщеплении» единого права собственности на отдельные правомочия, а об одном из способов его осуществления, не влекущим ни перехода права собственности на имущество к управляющему (на что теперь прямо указывает закон в п. 4 ст. 209 и п. 1 ст. 1012 Гражданского кодекса РФ), ни каких-либо иных изменений этого вещного права. В свою очередь, этот подход позволил успешно противостоять необоснованным, но многочисленным и сохраняющимся до сих пор попыткам введения в гражданское право России чужеродного ему англо-американского института «доверительной собственности» (траста), который с континентально-правовых позиций представляется либо неким «расщеплением» права собственности, либо конгломератом разнородных вещных и обязательственных прав.

Нельзя также не отметить неизменную актуальность и практическую значимость его творчества. Известно, например, то огромное значение, которое в последние годы приобрела для судебной практики проблематика пределов осуществления субъективных гражданских прав. Разобраться в практических аспектах применения норм ст. 10 Гражданского кодекса РФ о запрете злоупотребления правом невозможно без обращения к трудам В.П. Грибанова. Им, в частности, обоснован исключительный характер такого рода правил и необходимость их осторожного и достаточно редкого применения, чему, к сожалению, не всегда следуют современные правоприменители. При

[1] Подробнее об этом см.: *Ем В.С., Суханов Е.А.* Профессор Московского университета Вениамин Петрович Грибанов (1921–1990): краткий очерк жизни и деятельности // *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 9–10.

этом В.П. Грибанов впервые четко обосновал различия в понимании и применении запрета злоупотребления правом как общего принципа гражданского права и как специальной нормы закона[1].

Своим основным делом Вениамин Петрович всегда считал педагогическую деятельность. Он не только воспитал целую плеяду учеников и последователей, с благодарностью воспринявших его идеи и методологические подходы к изучению и преподаванию гражданского права. Созданный им коллектив педагогов-единомышленников под его руководством в середине 80-х гг. прошлого века разработал новую систематику курса (программу) гражданского права, на базе которой был создан комплекс учебно-методической литературы – двухтомный учебник, практикум, сборник учебно-методических материалов и сборник образцов документов, неоднократно переиздававшийся уже после его смерти. Этот комплекс позволил не только существенно повысить уровень учебно-методической работы и преподавания в области гражданского права, но и сохранить его в кардинально изменившихся социально-экономических и правовых условиях, последовательно используя в учебном процессе как результаты новой кодификации российского гражданского законодательства, так и достижения отечественной цивилистики дореволюционного и советского времени (в том числе в переизданной его учениками под руководством В.С. Ема серии монографий «Классика российской цивилистики»).

На формирование его личности как ученого-цивилиста и университетского преподавателя решающее влияние оказали его учителя в Московском университете, которыми были два выдающихся отечественных цивилиста, – профессор Иван Сергеевич Перетерский, ставший его научным руководителем по кандидатской диссертации, и работавший в МГУ с конца XIX в. профессор Иван Борисович Новицкий (ученик и последователь замечательного российского романиста и цивилиста Вениамина Михайловича Хвостова), который взял на себя наставничество над В.П. Грибановым после смерти профессора И.С. Перетерского. Они передали своему молодому тогда коллеге, начинающему ученому и преподавателю, любовь к гражданско-правовой науке и стремление к познанию истины, тягу к справедливости и глубокую интеллигентность, сопряженную с бескомпромиссным, но аргументированным отстаиванием своих научных позиций и нравственных убеждений.

[1] *Грибанов В.П.* Указ. соч. С. 77 и сл.

Эти качества профессор В.П. Грибанов сумел передать своим ученикам и последователям, воспитав их в духе преданности научной истине и справедливости, следуя учению римских юристов о том, что «право есть искусство доброго и справедливого» (*D. I. I.1.1.*). Данная сторона жизни и деятельности профессора В.П. Грибанова не менее важна для всех, кто изучает и использует его опыт, чем его научно-методологические и педагогические уроки. Она свидетельствует о неразрывной духовной связи последовательно сменявших друг друга поколений российской университетской профессуры, олицетворяющей образец жизненных устремлений и идеалов, который предстоит сохранить и приумножить последующим поколениям. Таким образцом университетского профессора В.П. Грибанов остается в памяти тех, кто знал его лично или знаком с его творчеством.

В настоящем сборнике собраны работы учеников и последователей профессора В.П. Грибанова, многие из которых продолжают его дело на кафедре гражданского права юридического факультета МГУ. Среди них представлены и труды молодых цивилистов, некоторые из которых лично не знали его, но воспитаны на его работах и воспоминаниях о нем. Содержание представленных в настоящем сборнике научных работ свидетельствует о плодотворном развитии идей и подходов, содержавшихся в трудах Вениамина Петровича Грибанова.

*Ответственные редакторы*

# ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

**В.В. Витрянский**

## ПРЕДЕЛЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ: ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОГО ТОЛКОВАНИЯ

Как известно, в ходе реформы гражданского законодательства существенные изменения внесены в ст. 10 ГК РФ, устанавливающую пределы осуществления гражданских прав. В частности, в данной статье реализован новый подход к определению понятия «злоупотребление правом», которое может повлечь за собой отказ в судебной защите соответствующего права. Помимо известной формулы шиканы, которая и сегодня имеется в действующей редакции ст. 10 ГК РФ, а именно: осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, понятием «злоупотребление правом» теперь также охватываются действия в обход закона с противоправной целью и иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав. Кроме того, если злоупотребление правом повлекло за собой нарушение права другого лица, указанное лицо вправе требовать возмещения причиненных убытков.

Несмотря на то что и ранее согласно прежней редакции ст. 10 ГК РФ действовал запрет на злоупотребление правом, следует признать, что нормы, содержащиеся в статье, трактовались в судебной практике чрезвычайно широко, причем речь идет как о самом понятии «злоупотребление правом», так и о законоположении о правовых последствиях нарушения запрета на злоупотребление правом. Правда, нельзя не признать, что и содержание соответствующих правовых норм в определенной степени способствовало их излишне расшири-

тельному толкованию. Ведь в прежней редакции статьи наряду с традиционной шиканой говорилось также о «злоупотреблении правом в иных формах». Иными словами, перед судьями, рассматривающими гражданско-правовые споры, открывались большие возможности квалифицировать не понравившиеся им действия участников этих споров по осуществлению субъективных прав в качестве злоупотребления правом, что в значительной степени упрощало разрешение указанных споров.

В первые годы применения законоположений о злоупотреблении правом (ст. 10 ГК РФ в первоначальной редакции) существовало понимание опасности их расширительного судебного толкования. Об этом свидетельствует одно из разъяснений высших судебных инстанций: согласно п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» при разрешении споров следует иметь в виду, что отказ в защите права со стороны суда допускается лишь в случаях, когда материалы дела свидетельствуют о совершении гражданином или юридическим лицом действий, которые могут быть квалифицированы как злоупотребление правом (ст. 10), в частности, действий, имеющих своей целью причинить вред другим лицам. В мотивировочной части решения должны быть указаны основания квалификации действий истца как злоупотребления правом.

Как можно видеть из приведенного разъяснения, применение ст. 10 ГК РФ рассматривается как случай исключительный, а понимание злоупотребления правом здесь весьма близко по своему смыслу и значению к традиционной шикане.

Однако в дальнейшем, во всяком случае в практике арбитражных судов, применение ст. 10 ГК РФ стало делом обычным и фактически было «поставлено на конвейер». Данный процесс сопровождался обнаружением все новых и новых форм злоупотребления правом, а также расширением перечня возможных юридических последствий подобной квалификации спорных правоотношений. Отмеченные тенденции нашли отражение и в аналитических документах ВАС РФ по результатам обобщения соответствующей судебной практики.

Так, в Обзоре практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 № 127) (далее – Обзор) содержатся выводы, далеко выходящие за пределы норм, предусмотренных ст. 10 ГК РФ. К примеру, там говорится о том, что «отказ в защите права лицу, злоупотребившему пра-

вом, означает защиту нарушенных прав лица, в отношении которого допущено злоупотребление. Таким образом, непосредственной целью названной санкции является не наказание лица, злоупотребившего правом, а защита прав лица, потерпевшего от этого злоупотребления. Следовательно, для защиты нарушенных прав потерпевшего суд может не принять доводы лица, злоупотребившего правом, обосновывающие соответствие своих действий по осуществлению принадлежащего ему права формальным требованиям закона. Поэтому упомянутая норма закона может применяться как в отношении истца, так и в отношении ответчика» (п. 5 Обзора).

В другом примере (п. 8 Обзора) злоупотребление правом обнаружилось в действиях лица (не обращавшегося в арбитражный суд и не являвшегося лицом, участвующим в деле!) по регистрации товарного знака, что стало основанием для признания недействительным решения Роспатента (ответчика по делу) и понуждения его к аннулированию регистрации соответствующего товарного знака.

В этом же Обзоре (п. 9 и 10) злоупотребление правом, допущенное одним из контрагентов при заключении различных сделок, рассматривается как рядовое основание для признания указанных сделок недействительными на основании ст. 10 и 168 ГК РФ по иску другого контрагента.

Характерно, что в некоторых комментариях к ст. 10 ГК РФ (в новой, ныне действующей редакции) обнаруживается стремление сохранить ранее сложившуюся судебную практику, приспособив ее к новым законоположениям.

Так, в одном из комментариев при рассмотрении вопроса о допустимости применения предусмотренной ст. 10 ГК РФ санкции за злоупотребление правом (отказ в судебной защите) к ответчику подчеркивается, что «неприменение комментируемой статьи в отношении ответчика оставляет его недобросовестные действия без оценки, а истца – без адекватной правовой защиты»[1].

В том же комментарии утверждается, что в случае злоупотребления правом «суд вправе применить в связи с имевшим место злоупотреблением иные (помимо отказа в защите права и возмещения убытков) меры, предусмотренные законом. При этом очевидно, что речь идет не о гипотетических специальных законных санкциях за злоупотре-

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации: постатейный комментарий к главам 1, 2, 3 / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2013. С. 94 (автор комментария – Н. Б. Щербаков).

бление конкретным правом, а о любых общих мерах защиты, установленных законом»[1].

В другом комментарии отмечается, что, несмотря на то, что в ст. 10 ГК РФ отсутствует указание на недопустимость злоупотребления правом при осуществлении обязанностей, «однако такое требование, вероятно, имеет место и без специального указания на него в Кодексе. При этом оно может применяться или со ссылкой на правило о необходимости добросовестного поведения (ст. 1 ГК РФ), или путем расширительного толкования ст. 10 ГК РФ»[2].

Нельзя не отметить, что ранее формировавшаяся судебная практика применения законоположений о злоупотреблении правом, в защиту которой выступают и современные комментаторы ст. 10 ГК РФ (в новой, действующей сегодня редакции), имеет глубокие корни в советской цивилистической доктрине. К примеру, в одной из самых известных научных работ советского периода развития цивилистики, посвященных проблемам осуществления и защиты гражданских прав, применительно к случаям злоупотребления правом, помимо традиционной санкции в виде отказа в защите соответствующего права, к субъекту этого права допускалось применение и других мер воздействия, таких как: отказ в конкретном способе защиты; лишение правомочий на результат, достигнутый за счет злоупотребления правом в процессе осуществления права; лишение субъективного права в целом; возложение обязанностей по возмещению убытков, признание сделки недействительной и т.д.[3]

Однако не следует забывать, что в советский период пределы осуществления гражданских прав регулировались совершенно особым образом. Так, в соответствии со ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (эта норма была продублирована и в ст. 5 ГК РСФСР 1964 г.) гражданские права охраняются законом, за исключением случаев, когда они осуществляются в противоречии с назначением этих прав в социалистическом обществе в период строительства коммунизма. При осуществлении прав и ис-

---

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации: постатейный комментарий к главам 1, 2, 3 / под ред. П. В. Крашенинникова. С. 95 (автор комментария – Н. Б. Щербаков).

[2] *Громов А., Егоров А.* Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ: самые значимые поправки. М.: Актион-Медиа, 2014. С. 15 (автор – А.В. Егоров).

[3] См.: *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав // *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 98–100.

полнении обязанностей граждане и организации должны соблюдать законы, уважать правила социалистического общежития и моральные принципы общества, строящего коммунизм.

Как следует из комментария к Основам гражданского законодательства, понятие «осуществление гражданских прав в противоречии с назначением этих прав» (в современном понятии – «злоупотребление правом») включало в свое содержание не только традиционную шикану, но и целый ряд иных действий, которые в современных условиях вряд ли можно квалифицировать как злоупотребление правом. Отсюда и широкие возможности по применению мер воздействия ко всякому лицу, допустившему «осуществление права в противоречии с назначением этого права в социалистическом обществе в период строительства коммунизма».

В качестве иллюстрации к сказанному можно привести следующий отрывок из комментария к ст. 5 Основ: «Всякое субъективное право имеет, однако, известное назначение, определяемое тем, что каждое из этих прав служит средством удовлетворения личных интересов граждан или интересов отдельной организации в сочетании с интересами общества в целом... Разумеется, извращается назначение права в любом случае его осуществления лишь с целью причинения вреда другому лицу. В случаях осуществления гражданского права противно его назначению суд или арбитраж может либо пресечь совершение соответствующих действий, либо прекратить самое право... Так, в случае систематической сдачи в поднаем жилого помещения оно может быть изъято у нанимателя по суду. В случае осуществления (не в соответствии с его назначением) права покупателя на отказ от досрочной поставки ему продукции арбитраж может обязать покупателя принять эту продукцию»[1].

Видимо, излишне говорить о том, что такой подход, характерный для советского периода развития гражданского права, вряд ли может быть использован для толкования современных законоположений о злоупотреблении правом. Если же обратить внимание на дореволюционную цивилистическую доктрину, то, по свидетельству, например, И.А. Покровского, понятие злоупотребления правом сводилось к традиционной шикане. «Согласно общему принципу, – писал И.А. Покровский, – тот, кто имеет какое-либо право, может его осуществлять,

[1] Научно-практический комментарий к Основам гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик / под ред. С.Н. Братуся и Е.А. Флейшиц. М., 1962. С. 48–51.

невзирая на то, что в результате такого осуществления может возникнуть вред для другого... Однако на этой почве возможны случаи, когда лицо, имеющее право, воспользуется им не для удовлетворения каких-либо своих интересов, а с исключительной целью причинить другому вред... Подобное осуществление права с целью причинить вред другому носит название злоупотребления правом или шиканы»[1].

В то же время И.А. Покровский отмечал: «...выйдя из одной и той же отправной мысли, запрещение шиканы вылилось в два совершенно различных типа»[2].

Образцом законодательной формулировки запрета злоупотребления правом И.А. Покровский считал норму, содержащуюся в § 226 Германского гражданского уложения: «Не допускается осуществление права только с целью причинения вреда другому лицу»[3], – и весьма критично относился к законодательствам, которые включали в понятие шиканы осуществление прав, противное началам «доброй совести». Например, он указывал: «Предоставляя судам возможность определять наличность злоупотребления правом по соображениям справедливости, предоставляя им возможность взвешивания коллидирующих интересов по степени их важности, Швейцарское уложение этим самым выводит всю область осуществления прав из-под действия юридических норм, отдавая ее под контроль некоторых внезаконных критериев»[4].

Принимая во внимание изложенное, новая редакция ст. 10 ГК РФ, согласно которой понятием «злоупотребление правом» охватывается не только шикана, но и действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав, требует к себе весьма осторожного отношения. Прежде всего необходимо исключить возможность расширительного толкования соответствующих законоположений. Поэтому ранее сформированная судебная практика, «наработанная» в условиях действия запрета шиканы, а также «иных форм злоупотребления правом» (за исключением практики применения правил о шикане), не может служить ориентиром в применении новых законоположений, содержащихся в ст. 10 ГК РФ.

---

[1] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 113.

[2] Там же. С. 115.

[3] Данная норма и сегодня действует в приведенной редакции. См.: Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложе-нию: пер. с нем. М., 2004. С. 44.

[4] *Покровский И.А.* Указ соч. С. 116.

В связи с этим на основе анализа многочисленных судебных дел и применительно к конкретным субъективным гражданским правам должны быть тщательно разработаны критерии и признаки тех сделок и иных действий по осуществлению гражданских прав, которые могут быть квалифицированы в качестве действий в обход закона с противоправной целью либо заведомо недобросовестного осуществления гражданских прав.

Сказанное в равной мере относится и к практике применения законоположений о правовых последствиях злоупотребления правом. В особенности это касается возможности применения так называемых мер, предусмотренных законом (п. 2 ст. 10 ГК РФ), а также возмещения убытков (п. 4 ст. 10 ГК РФ).

Представляется, что под иными мерами, предусмотренными законом, следует понимать только те способы воздействия на лицо, допустившее злоупотребление правом, которые установлены законом специально на случай шиканы, действий в обход закона с противоправной целью либо заведомо недобросовестного осуществления гражданских прав, но ни в коем случае не весь арсенал способов защиты нарушенных гражданских прав, как было принято считать ранее. К примеру, злоупотребление правом не может влечь за собой такое последствие, как признание совершенной сделки недействительной (если, конечно, в будущем не будет предусмотрено в качестве специального основания недействительности совершение какой-либо сделки в обход закона или с заведомой недобросовестностью). Ведь такая сделка должна квалифицироваться как противоречащая закону (законодательному запрету на злоупотребление правом). Однако в силу ст. 168 ГК РФ сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, может быть признана недействительной, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки. Статья 10 ГК РФ как раз и предусматривает такие иные последствия в виде отказа в защите соответствующего права.

Что касается возможности возмещения убытков, причиненных другому лицу в результате злоупотребления правом (п. 4 ст. 10 ГК РФ), то здесь вряд ли можно обнаружить какую-либо специфику, связанную именно со злоупотреблением правом. Здесь имеет место противоправное нарушение (нарушение законодательного запрета на злоупотребление правом) субъективных гражданских прав другого лица, что во всех случаях признается основанием гражданско-правовой ответственности (ст. 15 ГК РФ).

К сожалению, при подготовке Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» возобладало стремление сохранить ранее сформированную практику, допускающую возможность признания сделок, совершенных с нарушением запрета на злоупотребление правом, недействительными. Об этом свидетельствует разъяснение, содержащееся в п. 7 Постановления, согласно которому если совершение сделки нарушает запрет, установленный п. 1 ст. 10 ГК РФ, в зависимости от обстоятельств дела такая сделка может быть признана судом недействительной (п. 1 или п. 2 ст. 168 ГК РФ). А в п. 8 Постановления разъясняется, что к сделке, совершенной в обход закона с противоправной целью, подлежат применению нормы гражданского законодательства, в обход которых она совершена. В частности, такая сделка может быть признана недействительной на основании положений ст. 10 и п. 1 или п. 2 ст. 168 ГК РФ. При наличии в законе специального основания недействительности такая сделка признается недействительной по этому основанию (например, по правилам ст. 170 ГК РФ).

Нетрудно заметить, что в последнем случае имеет место подмена понятий: сделка, совершенная в результате злоупотребления правом в форме обхода закона с противоправной целью, необоснованно превращается в притворную сделку, не говоря уже о том, что признание такой сделки недействительной исключает применение основного правового последствия злоупотребления правом, а именно отказа в защите соответствующего права. Ведь недействительная сделка не влечет никаких юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения (п. 1 ст. 167 ГК РФ), а значит, из недействительной сделки в принципе не может возникнуть субъективное право, при осуществлении которого может быть допущено злоупотребление правом.

Поэтому предлагаемая в п. 7 и 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 правовая квалификация сделок, совершенных в результате злоупотребления правом, в том числе в форме обхода закона, одновременно по ст. 10 и 168 ГК РФ представляется неверной, поскольку одно исключает другое. Остается надеяться, что судебная практика по этому вопросу в дальнейшем будет скорректирована, так как, например, это сделано в том же Постановлении Пленума Верховного Суда РФ применительно к проблеме реализации участниками гражданского оборота отдельных способов защиты нарушенных прав.

Надо сказать, что сами правовые нормы о судебной защите гражданских прав (ст. 11–16 ГК РФ) в ходе реформы гражданского законодательства формально не подверглись изменению, если не считать расширение перечня способов защиты нарушенных прав за счет такого нового способа, как признание недействительным решения собрания (ст. 12 ГК РФ). Однако это не помешало высшей судебной инстанции с учетом общих целей и духа реформы гражданского законодательства скорректировать судебную практику, связанную с применением как общих положений о судебной защите гражданских прав, так и правил о некоторых отдельных способах защиты: неприменение судом акта государственного органа местного самоуправления, противоречащего закону; самозащита; возмещение убытков.

Не секрет, что ранее суды нередко отказывали в удовлетворении требований на том основании, что истцом неверно избран способ защиты нарушенного права, который по этой причине не в состоянии обеспечить восстановление указанного права.

Теперь же в силу п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 в подобных случаях, когда суд придет к выводу о том, что избранный истцом способ защиты права не может обеспечить его восстановление, данное обстоятельство не может служить основанием для отказа в принятии искового заявления, его возвращения либо оставления без движения. Уже на стадии подготовки дела к судебному разбирательству суд должен вынести на обсуждение вопрос о юридической квалификации спорного правоотношения и определить, какие нормы права подлежат применению. При этом ссылка истца в исковом заявлении на иные нормы права (не подлежащие применению) сама по себе не является основанием для отказа в удовлетворении иска.

В этом же пункте Постановления подчеркивается, что реализация такого способа защиты гражданских прав, как неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону, не должна зависеть от того, признан ли соответствующий акт недействительным.

Применительно к самозащите (ст. 14 ГК РФ) в Постановлении несколько уточняются содержание и возможные формы этого способа защиты гражданских прав (п. 10 Постановления). Так, отмечается, что возможность самозащиты не должна исключать права лица воспользоваться иными способами защиты, предусмотренными ст. 12 ГК РФ в том числе в судебном порядке. Самозащита возможна, в частности, в виде воздействия лица на свое собственное или находящееся в его

законном владении имущество. Самозащита может заключаться также в воздействии на имущество правонарушителя, в том случае, если она обладает признаками необходимой обороны или совершается в состоянии крайней необходимости.

Особое внимание высшей судебной инстанции уделено такому способу защиты нарушенных прав, как возмещение убытков. Некоторые разъяснения, содержащиеся в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25, направлены на формирование новой, более благоприятной для применения указанного способа защиты, судебной практики.

Во-первых, в п. 12 Постановления разъясняется, что размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. По смыслу п. 1 ст. 15 ГК РФ в удовлетворении требования о возмещении убытков не может быть отказано только на том основании, что их точный размер невозможно установить. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению.

Нетрудно заметить, что в данном случае имеет место расширительное толкование законоположения, содержащегося в п. 5 ст. 393 ГК РФ и рассчитанного на применение в случаях рассмотрения судебных споров о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств. Распространение действия данного законоположения и на другие случаи возмещения убытков, причиненных нарушением иных (помимо обязательственных) субъективных гражданских прав, представляется вполне оправданным и заслуживающим одобрения.

Во-вторых, в Постановлении (п. 13) дается толкование правил, определяющих убытки в виде реального ущерба, которое позволяет обеспечить полное возмещение соответствующей части убытков. В частности, разъяснено, что если для устранения повреждений имущества истца использовались или будут использованы новые материалы (если иное не предусмотрено законом или договором), расходы на такое устранение включаются в состав реального ущерба полностью, несмотря на то, что стоимость имущества увеличилась или может увеличиться по сравнению с его стоимостью до повреждения. При этом размер подлежащего выплате возмещения может быть уменьшен лишь в том случае, когда ответчиком будет доказано (либо это будет с очевидностью явствовать из обстоятельств дела), что существует иной более разумный и распространенный в обороте способ исправления

соответствующих повреждений подобного имущества. Кроме того, судам предложено учитывать, что уменьшение стоимости имущества истца по сравнению с его стоимостью до нарушения ответчиком обязательства или причинения им вреда является реальным ущербом и в том случае, когда указанное обстоятельство (уменьшение стоимости имущества) может проявить себя лишь при отчуждении этого имущества в будущем, как, например, в ситуации с утратой товарной стоимости автомобиля, поврежденного в результате дорожно-транспортного происшествия.

В-третьих, внимание судов обращено на то обстоятельство, что при разрешении споров, связанных с возмещением убытков в виде упущенной выгоды, необходимо учитывать, что ее расчет, представляемый истцом, зачастую является приблизительным и носит вероятностный характер, что само по себе, однако, не может служить основанием для отказа в иске (п. 14 Постановления).

В-четвертых, применительно к спорам о возмещении убытков, причиненных в результате незаконных действий (бездействий) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в Постановлении (п. 15) разъясняется, что предъявление гражданином или юридическим лицом соответствующего иска непосредственно к государственному органу или к органу местного самоуправления, допустившему нарушение, либо к финансовому органу (как к ответчику) само по себе не может служить основанием к отказу в удовлетворении такого иска. В подобных случаях суд должен привлечь в качестве ответчика по делу публично-правовое образование и одновременно определить, какой орган (органы) будет представлять его интересы в судебном процессе.

**А.Е. Шерстобитов**

# ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ В РОССИИ: СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ

Становление современного российского законодательства о защите прав потребителей прошло три этапа. Первый этап, который можно датировать периодом с 1991 по 1995 г.[1], был связан с заменой советского законодательства, регулировавшего отношения по удовлетворению материальных и культурных потребностей граждан в СССР, российским законодательством, а также созданием основополагающего закона, обеспечивавшего как эффективную защиту прав граждан-потребителей, так и основу для дальнейшего развития правового регулирования в этой сфере.

Второй этап, длившийся с 1995 по 2011 г., ознаменовался принятием и введением в действие частей первой и второй Гражданского кодекса Российской Федерации, необходимостью определения соотношения правовых норм, содержащихся в ГК РФ и Законе РФ «О защите прав потребителей»[2] и других актах законодательства о защите прав потребителей с целью их эффективного применения, а также накоплением судебной практики применения указанных законодательных и подзаконных актов.

Наконец, третий этап, начавшийся в 2012 г. и продолжающийся по настоящее время, связан с началом практической реализации мер

---

[1] Строго говоря, законопроектные работы по созданию законодательного акта о защите прав потребителей были начаты в СССР в 1989–1990 гг., поэтому можно смело утверждать, что современное российское законодательство о защите прав потребителей действует практически 30 лет.

[2] Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-I «О защите прав потребителей» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766; СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140; 1999. № 51. Ст. 6287; 2004. № 35. Ст. 3607, № 45. Ст. 4377, № 52. Ст. 5275; 2006. № 31 (часть I). Ст. 3439, № 43. Ст. 4412, № 48. Ст. 4943; 2007. № 44. Ст. 5282; 2008. № 30. Ст. 3616; 2009. № 23. Ст. 2776, № 48. Ст. 5711, 2011. № 27. Ст. 3873, № 30 (часть I). Ст. 4590; 2012. № 26. Ст. 3446, № 31. Ст. 4322; 2013. № 27. Ст. 3477, № 51. Ст. 6683; 2014. № 19. Ст. 2317; 2015 (часть I). № 29. Ст. 4359; 2016. № 27 (часть I). Ст. 4198; 2017. № 18. Ст. 2665; 2018. № 17. Ст. 2430, № 24. Ст. 3400, № 31. Ст. 4839; 2019. № 12. Ст. 1228, № 29 (часть I). Ст. 3858; 2020. № 17. Ст. 2722 (далее – Закон о защите прав потребителей).

по реформированию гражданского законодательства[1], подведением итогов практически 20-летнего периода применения российской судебной системой законодательства о защите прав потребителей, выразившихся в принятии постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей»[2], а также появлением новых законодательных актов в сфере защиты прав потребителей и модернизации норм Закона о защите прав потребителей.

Создание российского законодательства о защите прав потребителей происходило не с нуля, ведь Российская Федерация вошла в период своего самостоятельного существования и развития с крупным массивом советского законодательства как собственного, так и союзного.

Правовое регулирование отношений по удовлетворению материальных и культурных потребностей в СССР всегда осуществлялось актами гражданского законодательства. Базой гражданского законодательства, регламентировавшего права граждан-покупателей, заказчиков, услугополучателей являлись нормы актов кодифицированного гражданского законодательства. Эти акты устанавливали права, обязанности и ответственность субъектов договорных отношений с участием граждан. Так, согласно п. 1, 3 и 4 ст. 77 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. и ст. 246 ГК РСФСР 1964 г. покупатель, которому продана вещь ненадлежащего качества, был вправе по своему выбору требовать, если продавец не оговорил ее недостатки при продаже, замены вещи вещью надлежащего качества, безвозмездного устранения недостатков или возмещения расходов покупателя на их исправление, либо соразмерного уменьшения покупной цены. Покупатель мог также вместо требований, указанных в п. 1 этой статьи Основ, расторгнуть договор и, возвратив вещь ненадлежащего качества продавцу, потребовать от него возврата уплаченной за нее суммы, а если удовлетворение этих требований не покрывало его убытков, он был вправе требовать их возмещения.

Важной гарантией защиты прав потребителей являлось предусмотренное ст. 294 и 367 ГК РСФСР правило о недействительности

[1] Реформирование гражданского законодательства ведется в Российской Федерации в соответствии с Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. (см.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2009).

[2] Бюллетень ВС РФ. 2012. № 9.

условий договоров бытового проката и бытового заказа, ограничивающих права граждан по сравнению с условиями, предусмотренными типовыми договорами, и т.д.

Вместе с тем наряду с безусловно положительными моментами, кодифицированное гражданское законодательство специально не было рассчитано на регулирование вопросов, связанных исключительно с охраной прав граждан. Являясь общей правовой базой для специальных норм, направленных на охрану прав граждан, акты кодифицированного гражданского законодательства были призваны придать общий характер основным формулировкам договоров, данным в разделе «Обязательственное право» Основ гражданского законодательства 1991 г. и ГК РСФСР 1964 г., для того, чтобы они были рассчитаны не только на отношения с потребителями. Вот почему в этих актах традиционно отсутствовала специфика взаимоотношений потребителей с экономически более сильными организациями сферы обслуживания, вступавшими с ними в договорные отношения. Такое положение прямо или косвенно способствовало созданию условий для навязывания потребителям не пользующихся спросом товаров, принудительного ассортимента услуг, высоких цен при вымывании дешевого ассортимента и т.д.

Данная в кодифицированном гражданском законодательстве до принятия нового ГК РФ классификация гражданско-правовых договоров не охватывала всю фактически существовавшую систему договоров. Такое положение существовало в Основах гражданского законодательства 1961 г., таким же оно осталось и в Основах гражданского законодательства 1991 г. Так, ни Основы гражданского законодательства, ни ГК РСФСР вообще не регулировали многочисленные договоры в области культурного, спортивно-оздоровительного, туристско-экскурсионного обслуживания граждан. В сфере же бытового обслуживания кодифицированное гражданское законодательство предусматривало только возможность утверждения правительством типовых договоров, регулирующих отношения с участием граждан (бытового проката, бытового заказа), и содержало специальные правила о хранении организациями вещей, принадлежащих гражданам. Такое положение требовало выделения целого ряда других договорных видов с самостоятельной правовой регламентацией.

Наконец, в актах кодифицированного гражданского законодательства отсутствовала специальная система гарантий охраны прав граждан в договорах, направленных на обслуживание их потребностей. Между тем необходимость создания такой системы диктовалась с конца 80-х –

начала 90-х гг. прошлого века, прежде всего, переходом изготовителей товаров, сферы торговли и обслуживания населения к рыночным отношениям. В условиях свободы предпринимательской деятельности, когда прибыль стала важнейшим показателем эффективности их хозяйствования, изготовители товаров, торговые организации и организации обслуживания, а также иные предприниматели, используя свое положение на потребительском рынке, стали диктовать потребителям невыгодные для них условия, нарушать их права и интересы.

Таким образом, классическое гражданское законодательство никогда не было специально рассчитано на регулирование защиты прав потребителей. В этих условиях появилась настоятельная необходимость в создании и развитии специального законодательства о защите прав потребителей, концентрирующего правовые нормы, обеспечивающие приоритет интересов потребителей в их взаимоотношениях с изготовителями, продавцами и услугодателями на рынке товаров и услуг.

Одной из особых черт законодательства, регулировавшего отношения с участием граждан-потребителей, являлась множественность нормативных актов, вытекавшая прежде всего из неполноты охвата складывавшихся в сфере обслуживания отношений законодательными актами. Эта неполнота неизбежно влекла заполнение имевшихся пробелов подзаконными (в основном ведомственными) нормативными актами. При обильном ведомственном нормотворчестве складывалась возможность издания актов, не опиравшихся на соответствующие нормы закона. Так, наряду с типовыми договорами по отдельным видам бытового проката, принятие которых ст. 294 ГК РСФСР относилось к компетенции Совета Министров РСФСР, Министерством бытового обслуживания населения РСФСР 10 июня 1983 г. были утверждены Правила предоставления во временное пользование гражданам предметов домашнего обихода, музыкальных инструментов, спортивного инвентаря и другого имущества личного пользования.

Однако не только неполнота сама по себе, но в отдельных случаях и прямая передача правительством важнейших вопросов правового регулирования этих отношений в ведение отраслевых органов управления усугубляла положение потребителей. Если же учесть, что право издания нормативных актов, затрагивавших права и интересы потребителей, обычно передавалось тем органам управления, которые являлись для государственных предприятий и организаций торговли и сферы услуг вышестоящими, становилась очевидной явная дискриминация потребителей. До самого последнего времени в некоторых

случаях ведомственные нормативные акты, затрагивавшие права потребителей, принимались с явным нарушением закона. Так, Типовые правила обмена промышленных товаров, купленных в розничной торговой сети государственной и кооперативной торговли, были приняты Министерством торговли СССР и Госстандартом СССР в 1974 г., хотя действовавшая в то время редакция ч. 3 ст. 41 Основ гражданского законодательства 1961 г. предусматривала определение порядка осуществления прав покупателей в случае продажи им вещи ненадлежащего качества только законодательством республик. Иными словами, указанные Типовые правила были приняты с явным нарушением закона. Правда, в дальнейшем был сделан ряд шагов, направленных на улучшение ситуации в этой сфере. Например, вместо действовавших с 1977 г. Правил бытового обслуживания населения, утвержденных Министерством бытового обслуживания населения РСФСР, в 1989 г. были введены в действие аналогичные Правила, принятые Советом Министров РСФСР, т.е. актом более высокого уровня. Следует отметить также, что далеко не все правила, установленные ведомственными нормативными актами, были направлены на ограничение прав потребителей. В частности, правила обмена содержали весьма прогрессивную норму о возможности обмена доброкачественной вещи, не удовлетворявшей покупателя по определенным причинам.

И все же это скорее исключения из общего правила. Если в сфере торговли и бытового обслуживания населения в законодательстве и происходили некоторые подвижки, направленные на обеспечение прав и интересов потребителей, то в иных областях обслуживания положение оставалось крайне неблагоприятным. Это прежде всего касалось положения потребителей в отношениях с органами транспорта и связи, а также в области туристско-экскурсионного, спортивно-оздоровительного обслуживания и иных услуг в социально-культурной сфере.

Действовавшее до принятия Закона о защите прав потребителей законодательство не в полной мере соответствовало и международному уровню защиты их прав. Несоответствие данного законодательства международному уровню защиты прав потребителей проявлялось в том, что: во-первых, основные вопросы, касавшиеся охраны прав потребителей, либо не были решены на законодательном уровне, либо, если и решались на этом уровне, то в чисто традиционном плане отраслевым законодательством без учета приоритета охраны их прав; во-вторых, не все международно признанные права потребителей были надлежащим образом защищены (право на информацию; право на обе-

спечение безопасности жизни и здоровья; право на возмещение вреда, причиненного товарами и услугами ненадлежащего качества). Но и те права, которые получили достаточно полное регулирование, не имели надежного механизма реализации (права потребителей в случае приобретения вещей ненадлежащего качества, права услугополучателей при нарушении условий договора о выполнении работ и оказании услуг о качестве и т.д.); в-третьих, не в полной мере соответствовало международному уровню регулирование ответственности производителей, предприятий торговли и обслуживания перед потребителями в случае причинения вреда их жизни, здоровью или имуществу; в-четвертых, недостаточно были урегулированы вопросы, касающиеся организации и деятельности организованного потребительского движения, в том числе общественных формирований потребителей, создаваемых в целях коллективной охраны интересов граждан. Что же касается специальных государственных органов по защите прав потребителей, то таковые вообще отсутствовали.

Первой серьезной попыткой комплексного решения вопросов оптимизации правового регулирования в области охраны прав потребителей явилась разработка проекта закона СССР «О качестве продукции и защите прав потребителей»[1]. В разд. V указанного проекта специально были аккумулированы нормы, направленные на защиту прав потребителя. Однако этот проект был, в сущности, единогласно отвергнут в процессе его обсуждения в связи с декларативностью подавляющего большинства содержавшихся в нем положений. Да и сам разд. V указанного проекта, несмотря на общую прогрессивную направленность, имел два существенных недостатка, значительно снижавших его ценность. Прежде всего содержавшиеся в нем правила распространялись как на производительного потребителя, так и на потребителя-гражданина. Не менее серьезным недостатком было и то, что права потребителей были жестко привязаны к качеству продукции. Так, фундаментальные права потребителей (право на информацию, право на объединение в общества потребителей) формулировались так, что сводились лишь к вопросам качества. Объективная необходимость в существовании законодательного стержня в системе законодательства о защите прав потребителей потребовала поиска новых подходов к этой проблеме.

Начало реализации этих новых подходов было положено с принятием Закона СССР от 22 мая 1991 г. № 2184-I «О защите прав

[1] См. Известия. 1989. 12 февр.

потребителей»[1], который, однако, в связи с распадом СССР так и не вступил в силу. В условиях образования Содружества Независимых Государств (СНГ) и принятия этими государствами актов о суверенитете основу законодательства о защите прав потребителей составляли законы, принятые в каждом из них.

Сразу после принятия этого Закона в ряде республик были приняты законы о защите прав потребителей, для которых союзный Закон стал моделью[2]. В рамках СНГ также продолжалась работа по созданию законодательной базы в сфере защиты прав потребителей. Так, были приняты: Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей», Закон Республики Кыргызстан от 28 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей» и Закон Республики Беларусь от 19 ноября 1993 г. «О защите прав потребителей», введенный в действие в Беларуси с 1 января 1994 г.

Важно отметить, что и после распада СССР союзный Закон о защите прав потребителей оставался моделью для законодателя отдельных стран – членов СНГ. В частности, это подтверждается анализом Закона Республики Кыргызстан от 28 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей», структура и содержание которого не оставляли на этот счет никаких сомнений. Что же касается Закона Республики Беларусь от 19 ноября 1993 г. «О защите прав потребителей», то он, скорее, воспринял основные конструкции, нашедшие отражение в российском Законе о защите прав потребителей, хотя безусловно отличался от российского Закона структурно.

Таким образом, в странах – членах СНГ, имевших специальное законодательство о защите прав потребителей, существовали очевидные различия в подходах к регулируемым вопросам. Эти различия касались, главным образом, трех основных вопросов:

Во-первых, существование перешедшего из союзного закона о защите прав потребителей права граждан на гарантированный минимальный уровень потребления[3]. Это «право» было самым решительным

[1] Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1991. № 24. Ст. 689

[2] Например: Закон УССР от 12 мая 1991 г. «О защите прав потребителей», введенный в действие на территории Украины с 1 октября 1991 г.; Закон Казахской ССР от 5 июня 1991 г. «О защите прав потребителей», введенный в действие в Казахстане с 1 января 1992 г.

[3] См. ст. 5 Закона СССР «О защите прав потребителей», ст. 7 Закона Казахской ССР «О защите прав потребителей», п. 1 ст. 4 Закона УССР от 12 мая 1991 г. «О защите прав потребителей», ст. 5 Закона Республики Кыргызстан от 28 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей». Обзор принятых в странах – членах СНГ законов о защи-

образом отклонено в Законе о защите прав потребителей России как не соответствовавшее законам рыночной экономики. Не было даже упоминания о таком праве и в Законе Республики Беларусь от 19 ноября 1993 г. «О защите прав потребителей».

Во-вторых, детальность регулирования механизмов, создающих реальные условия для защиты прав потребителей. В этом смысле примером в первую очередь мог служить Закон о защите прав потребителей России, что подтверждала складывавшаяся в России довольно обширная судебная практика и практика применения законодательства о защите прав потребителей органами Государственного комитета Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур (ГКАП России).

Активное применение законодательства о защите прав потребителей позволило ГКАП России сделать обобщения, имевшие весьма важное значение для правоприменительной практики, нашедшие отражение в Разъяснениях «О некоторых вопросах применения Закона Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей», утвержденных Приказом ГКАП России от 15 августа 1994 г. № 90[1]. Кроме того, в России было принято постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей»[2], которое отразило уже наработанную практику судов по рассмотрению дел, связанных с защитой прав потребителей, и заменило явно устаревшее постановление Пленума Верховного Суда РСФСР от 26 декабря 1989 г. № 9 «О практике рассмотрения судами РСФСР дел по спорам, связанным с обслуживанием населения»[3].

В-третьих, формирование досудебной системы защиты прав потребителей специальными государственными органами по защите прав

те прав потребителей см.: п. 2.1 Протокольного решения Экономического совета СНГ «Об Информационно-аналитическом обзоре «Актуальные вопросы защиты прав потребителей в государствах-участниках СНГ»» (принято в г. Москве 14 декабря 2012 г.) // СПС «Консультант Плюс».

[1] См.: Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств РФ. 1995. № 1. В настоящее время утратили силу в связи с принятием Приказа МАП РФ от 20 мая 1998 г. № 160 «О некоторых вопросах, связанных с применением Закона РФ «О защите прав потребителей» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1999. № 2. С. 18–19.

[2] См.: Российская газета. 1994. № 230. 6 нояб; Бюллетень ВС РФ. 1995. № 7; 1997. № 1, 3; 2001. № 2, 12; 2007. № 5, 7; 2010. № 9 (далее – Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7). В настоящее время утратило силу.

[3] См.: Бюллетень ВС РСФСР. 1990. № 3; 1994. № 3.

потребителей. Подавляющему большинству законов о защите прав потребителей стран – членов СНГ такой способ защиты не был известен. За исключением России, лишь в Беларуси ст. 18 Закона о защите прав потребителей было предусмотрено существование специально уполномоченных государственных органов по защите прав потребителей. Опыт России со всей очевидностью показал, что существование специальных государственных органов по защите прав потребителей значительно усилило гарантии защиты прав потребителей.

Это привело к настоятельной необходимости разработки модельного проекта Закона о защите прав потребителей, рекомендательные нормы которого могли бы быть инкорпорированы в законодательство всех стран – членов СНГ. Таким образом, в рамках СНГ задача состояла в том, чтобы реально сделать законы о защите прав потребителей законами прямого действия и свести подзаконное нормотворчество лишь к самому необходимому минимуму, без которого нельзя обойтись. В литературе совершенно справедливо отмечалось, что важным импульсом для сближения потребительского законодательства государств-участников СНГ стало принятие в 1995 г. Межпарламентской ассамблеей государств – участников СНГ Модельного закона «О защите прав потребителей», положения которого учитывались почти во всех государствах[1]. Нормы законодательства государств – участников СНГ о защите прав потребителей в основном соответствовали международному праву, были во многом схожи, а принятие Модельного закона СНГ «О защите прав потребителей» сыграло положительную роль в формировании и гармонизации законодательства в государствах-участниках СНГ[2].

Учитывая, что российский Закон о защите прав потребителей содержал ряд новелл, а также являлся базовым по отношению к иным законодательным и другим правовым актам в этой сфере, представляется необходимым дать характеристику этому Закону прежде всего с точки зрения решения в нем рассмотренных ранее проблем, касающихся состояния законодательства о защите прав потребителей.

---

[1] См.: *Смирнова Е.С.* Некоторые вопросы имплементации международных норм о защите прав человека в сфере производства и потребления услуг: история и современность // Международное право и международные организации. 2013. № 2. С. 233–245 (СПС «Консультант Плюс»).

[2] См.: Итоги Протокольного решения Экономического совета СНГ «Об Информационно-аналитическом обзоре «Актуальные вопросы защиты прав потребителей в государствах – участниках СНГ»» (принято в г. Москве 14 декабря 2012 г.) (СПС «Консультант Плюс»).

В Законе о защите прав потребителей нашла отражение тенденция усиления законодательного регулирования отношений, направленных на охрану прав граждан. Законодательство о защите прав потребителей, как подчеркивалось в нем, включает в первую очередь именно законодательные акты. Наряду с этим предполагалось, что положения Закона о защите прав потребителей будут дополняться и раскрываться в законодательных актах, регулирующих отношения в самых различных сферах деятельности (при предоставлении транспортных, страховых, банковских и т.д. услуг). В связи с этим важной гарантией охраны прав потребителей явилось положение закона, в соответствии с которым законодательные акты, затрагивающие права потребителей, не могут ограничивать права или снижать гарантии их защиты по сравнению с установленными этим Законом. Следует оговориться, что и в рамках ранее действовавшего правового регулирования существовало требование о необходимости руководствоваться законом, но содержалось оно в разъяснениях верховных судебных органов некоторых республик применительно к рассмотрению судами дел, связанных с обслуживанием населения. Вместе с тем было очевидно, что в законе вряд ли возможно решить все возникающие вопросы, поэтому некоторые из них, безусловно, должны были регулироваться подзаконными актами. Но такое регулирование допускалось лишь постановлениями Правительства РФ и только в случаях, прямо указанных в Законе о защите прав потребителей или иных законодательных актах. Кстати, в данном Законе содержался ряд прямых указаний на регулирование определенных вопросов актами Правительства РФ (например, ст. 25, 26[1], 38[2] и др.).

Закон о защите прав потребителей закрепил важнейшие международно признанные права потребителей. К основным правам потребителей в преамбуле Закона о защите прав потребителей были отнесены: право на надлежащее качество; право на безопасность; право на информацию; право на государственную и общественную защиту прав потребителей; право на объединение в организации потребителей. Кроме того, Закон о защите прав потребителей установил и ряд дополнительных гарантий охраны их прав. К ним прежде всего следует отнести: право на получение льгот в сфере торгового и других

[1] В настоящее время – ст. 26.2 Закона о защите прав потребителей.

[2] В настоящее время ст. 38 Закона о защите прав потребителей утратила силу, однако в ст. 39.1 Закона определяется, что Правила оказания отдельных видов услуг, выполнения отдельных видов работ потребителям устанавливаются Правительством РФ.

видов обслуживания (ст. 15); право на обмен товара надлежащего качества (ст. 23); признание недействительными условий договора, ущемляющих права потребителей (ст. 14). В Законе о защите прав потребителей основной упор был сделан на определение имущественной ответственности за нарушение прав потребителей и в особенности на возмещение убытков как наиболее полно отвечающее рыночным отношениям. При этом положения Закона опирались на основополагающие принципы гражданского права и удачно дополняли акты кодифицированного гражданского законодательства, устанавливая специфику ответственности изготовителей (продавцов, исполнителей) перед потребителем.

Наряду с мерами договорной ответственности рассматриваемый Закон содержал ряд норм, регулирующих ответственность за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу потребителей. Согласно ст. 12 данного Закона вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу потребителя товарами, работами или услугами, содержащими конструктивные, производственные и иные недостатки, должен быть возмещен в полном объеме, если законодательными актами Российской Федерации не предусмотрен более высокий размер ответственности. Требовать возмещения вреда вправе любой потерпевший потребитель независимо от того, состоял ли он в договорных отношениях с продавцом товара или исполнителем работы (услуги), однако право на возмещение вреда ограничено установленным сроком службы, а при его отсутствии десятью годами с момента изготовления товара, принятия работы или услуги. Потребитель может предъявить требования о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, наступившего в течение гарантийных сроков или иных сроков, указанных в ст. 18 Закона, как к продавцу, так и к изготовителю. Таким образом, Закон допустил конкуренцию договорного и деликтного исков, оставляя право выбора за потребителем. Вред, причиненный товаром с недостатками по истечении гарантийного срока или иных сроков, указанных в ст. 18 Закона, должен возмещаться изготовителем. Имущественная ответственность за нарушение прав потребителя имеет специфику по субъективному основанию. Так, за вред, причиненный товарами, работами или услугами с недостатками, изготовитель (продавец, исполнитель) несет ответственность независимо от вины. Такой подход представляется оправданным, так как требует от профессионала повышенного внимания и осмотрительности. Наконец, Закон о защите прав потребителей предусмотрел возможность при удовлетворении требования потребителя в судебном порядке решать

вопрос о взыскании с недобросовестного изготовителя, продавца или исполнителя дополнительной денежной компенсации за причиненный гражданину моральный вред (ст. 13).

В Законе о защите прав потребителей наряду с индивидуальной была предусмотрена и коллективная защита прав и интересов потребителей. При этом основной упор был сделан на государственную защиту их прав. Наряду с общим судебным порядком разрешения споров между изготовителями (продавцами, исполнителями) и потребителями в Законе были определены специальные государственные органы по защите прав потребителей, их компетенция, а также санкции, которые они вправе налагать за нарушение прав потребителей (ст. 39–42.3).

Согласно ст. 45 Закона общественным организациям потребителей были предоставлены достаточно широкие возможности оказывать влияние на качество потребительских товаров и услуг, участвовать в проверках соблюдения установленных законодательством правил торгового и других видов обслуживания и т.д. Наряду с этим большая роль принадлежит общественным организациям потребителей в обеспечении защиты нарушенных прав граждан. Данные организации получили право не только выступать как представители обратившихся к ним за помощью потребителей, но и предъявлять иски в интересах граждан, не являющихся членами общественных организаций потребителей.

И наконец, в целях усиления гарантий соблюдения прав граждан государственным органам по защите прав потребителей и общественным организациям потребителей было предоставлено право (ст. 42[1], 46) предъявлять в суде иски о признании действий продавца, изготовителя (предприятий, осуществляющих их функции), исполнителя противоправными в отношении неопределенного круга потребителей и прекращении этих действий.

Однако нельзя не отметить, что сам по себе Закон о защите прав потребителей построен по такой системе, которая может дать основания для предположения о его достаточно узком характере. Внимательное изучение его структуры не оставляет сомнений в том, что законодатель ставил своей основной целью точно и подробно урегулировать в первую очередь отношения, вытекающие из традиционных для гражданского права договоров, а именно розничной купли-продажи и бытового заказа (разд. II и III Закона). Это было

[1] В настоящее время ст. 42 Закона о защите прав потребителей утратила силу, однако Закон дополнен ст. 42.1–42.3.

неизбежно, поскольку принятие Закона о защите прав потребителей в таком виде преследовало важнейшую с социально-экономической и политической точки зрения цель – разрушение дискриминационного по отношению к миллионам граждан старого союзного и российского дореформенного законодательства в области именно торговли и сферы бытового обслуживания.

Однако все же нет оснований считать, что Закон о защите прав потребителей был рассчитан только на регулирование этих отношений. В обоснование этого можно привести, во-первых, анализ правил, содержавшихся в гл. I Закона и регулировавших вопросы защиты прав потребителей независимо от той конкретной области сферы обслуживания, в которой такая защита необходима. Во-вторых, следует внимательно проанализировать смысл и содержание ст. 39 Закона, согласно которой последствия нарушения условий договора об оказании услуги, по своему характеру не подпадавшего под действие норм гл. III, должны определяться законом.

Учитывая многообразие видов услуг, оказываемых потребителям, а также их постоянное развитие, ст. 38 ввела правило о дальнейшем развитии правового регулирования в различных областях сферы обслуживания. Кроме того, и особенности самих отдельных видов услуг, и специфика их правового регулирования требовали детального оформления, которого было просто невозможно добиться в рамках одного закона.

Важно также иметь в виду, что согласно ст. 39 Закона о защите прав потребителей иным законом могли быть урегулированы лишь последствия нарушения условий договоров об оказании услуг, если они по своему характеру не подпадали под действие гл. III этого Закона. Это касалось услуг транспорта и связи, услуг банков и иных кредитных организаций, коммунальных услуг, которые традиционно регулировались специальным законодательством и имели большую специфику с точки зрения последствий нарушения договоров, заключаемых перевозчиками, организациями связи, банками и иными услугодателями. Однако уже тогда невозможно было свести существо вопроса только к такого рода услугам; ведь нельзя забывать и о многочисленных услугах в сфере культуры, туризма, медицины и т.п. Весьма отрадно, что высказывавшаяся ранее в науке точка зрения о том, что сфера обслуживания граждан представляет собой особую социально-экономическую категорию, включающую большое число отраслей и сфер хозяйственной и социально-культурной деятельности, а потому и складывающиеся в ней отношения являются весьма разнообразными

и должны быть урегулированы целым рядом различных гражданско-правовых договоров, нашла отражение и в практике.

Одновременно это означает, что нормы Закона о защите прав потребителей стали для всех областей сферы обслуживания граждан опорными. В связи с этим в п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 разъяснялось, что этим Законом регулируются отношения, вытекающие из договора купли-продажи; имущественного найма, в том числе бытового проката, безвозмездного пользования имуществом; найма (аренды) жилого помещения (отношения между нанимателем (арендатором) и наймодателем и арендодателем, являющимся одновременно исполнителем услуг: по ремонту жилищного фонда, обеспечению работы инженерного оборудования, по обеспечению коммунальными услугами, которые он обязан предоставить, поскольку это является одним из условий договора жилищного найма (аренды); подряда, в том числе бытового заказа и абонементного обслуживания; перевозки граждан, их багажа и грузов; комиссии, хранения; из договоров на оказание финансовых услуг, в том числе предоставление кредитов для личных бытовых нужд граждан, открытие и ведение счетов клиентов-граждан, осуществление по их поручению, услуги по приему от граждан и хранению ценных бумаг и иных ценностей, оказание им консультационных услуг; и других договоров.

Соотношение Закона о защите прав потребителей с гражданским законодательством, существовавшим до принятия нового Гражданского кодекса, характеризовалось следующим образом. Закон о защите прав потребителей содержал их фундаментальные права, опирался на общие положения гражданского законодательства, а его действие было немыслимо без использования таких важнейших гражданско-правовых категорий, как имущественная ответственность, вина, убытки, вред, договор и ряд других. Иными словами, если гражданское законодательство было призвано урегулировать товарно-денежные отношения независимо от субъектного состава, то Закон о защите прав потребителей должен был регламентировать специфику этих отношений для потребителей на рынке товаров и услуг. С другой стороны, Закон о защите прав потребителей тесно взаимодействовал с актами хозяйственного законодательства, устанавливавшими требования к деятельности организаций, производящих товары и услуги для населения, качеству потребительских товаров и услуг и т.д. Устанавливая, например, запрет на использование производителями, продавцами и услугодателями в отношениях с потребителями преимуществ своего положения на рынке товаров и услуг, Закон о защите прав потребите-

лей неизбежно тесно взаимодействовал с актами антимонопольного законодательства.

Таким образом, с принятием Закона о защите прав потребителей в России начало формироваться законодательство о защите прав потребителей, которое представляло собой специфическое законодательное наслоение над отраслевым законодательством (причем не только над гражданским, но и уголовным, административным и т.д.), основной целью которого являлось предоставление специфических дополнительных прав потребителям и возложение на их контрагентов дополнительных обременений, балансирующих их неравное экономическое положение на рынке. Вместе с тем очевидно, что с принятием Закона о защите прав потребителей не могли быть разрешены все вопросы, касавшиеся проблем их защиты в конкретных областях обслуживания. Поэтому его принятие было призвано, с одной стороны, распространить общие положения о защите прав потребителей на все сферы их взаимоотношений с производителями товаров и услуг, а также организациями торговли и, с другой стороны, создать благоприятные условия для дальнейшего совершенствования отраслевого и комплексного законодательства (например, принятие законов в области транспорта, связи и иных услуг).

Первый период действия Закона о защите прав потребителей показал, что за это время данный Закон не только доказал свою жизнеспособность, но и в значительной мере изменил в целом в лучшую сторону положение как в сфере правотворческой, так и правоприменительной практики в области защиты прав потребителей.

Анализ законодательства о защите прав потребителей в период с 1995 по 2011 г. дает основания полагать, что совокупность входящих в него нормативных актов должна рассматриваться как сложившаяся комплексная отрасль законодательства, тесно связанная с отраслевым законодательством и черпающая из него основные, базовые категории (например, договор, правонарушение, вина, ответственность и т.д.), без использования которых правоприменительная деятельность в области защиты прав потребителей просто невозможна. Как комплексная отрасль законодательство о защите прав потребителей представляет собой вторичное структурное образование в системе законодательства и включает нормы различных отраслей права[1].

[1] Об этом подробнее см.: *Левшина Т.Л.* Основы законодательства о защите прав потребителей. М., 1994. С. 4; *Шерстобитов А.Е.* Гражданско-правовые вопросы охраны прав потребителей. М., 1993. С. 37–47.

Как отмечалось ранее, рассматриваемый период ознаменовался принятием и введением в действие частей первой и второй ГК РФ и связан с необходимостью определения соотношения правовых норм, содержащихся в ГК РФ, и специального комплексного законодательства о защите прав потребителей.

Кодифицированное гражданское законодательство призвано, главным образом, придать общий характер основным формулировкам договоров, данных в разд. IV «Отдельные виды обязательств» ГК РФ, с тем, чтобы они были рассчитаны не только на отношения с потребителями. Вместе с тем, в новом ГК РФ сделан ряд крупных шагов по пути усиления именно охраны прав потребителей.

Во-первых, в общей части обязательственного права были специально урегулированы особенности публичного договора и договора присоединения (ст. 426, 428 ГК РФ), стороной которых, как правило, является потребитель, а также предусмотрена ничтожность соглашения об ограничении ответственности должника по договору, в котором кредитором является гражданин-потребитель (п. 2 ст. 400 ГК РФ).

Во-вторых, в части второй ГК РФ были выделены либо специальные параграфы и главы, посвященные особенностям договорных отношений предпринимателей с потребителями (§ 2 гл. 30; § 2 гл. 37, гл. 39, 44; § 3 гл. 59 и др.), либо отдельные нормы (ст. 783, 786, 799, 800, 835, 838 и др.).

В-третьих, в ГК РФ появились новые договорные виды, в том числе специально рассчитанные на регулирование взаимоотношений между исполнителями и потребителями. Так, появление в Кодексе гл. 39 позволило урегулировать многочисленные договоры в области культурного, спортивно-оздоровительного, туристско-экскурсионного и других областях обслуживания граждан.

И все же классическое гражданское законодательство не рассчитано и не должно быть рассчитано на регулирование всех вопросов, связанных с защитой прав потребителей. В связи с этим продолжала существовать настоятельная необходимость в дальнейшем развитии и совершенствовании специального законодательства о защите прав потребителей, концентрирующего правовые нормы, обеспечивающие приоритет интересов потребителей в их взаимоотношениях с изготовителями, продавцами и исполнителями на рынке товаров и услуг.

Законодательство о защите прав потребителей как комплексная отрасль законодательства требует не только тщательной урегулированности разнородных общественных отношений для достижения цели защиты прав потребителей, но и их строгой согласованности.

Это обусловливается тем, что: во-первых, правовое регулирование отношений в области защиты прав потребителей осуществляется не только гражданским законодательством, но и административным, уголовным и иными отраслями. Во-вторых, когда речь идет о гражданско-правовом регулировании отношений с участием потребителей, оно не может быть сведено исключительно к регулированию этих вопросов в ГК РФ, Законе о защите прав потребителей, принимаемых в соответствии с ним иных федеральных законов и правовых актов Российской Федерации. Согласно п. 2 ст. 1, ст. 5, 6, 8 и др. ГК РФ регулирование гражданско-правовых отношений наряду с правовыми нормами осуществляется также договором, правовыми обычаями. В случаях, когда соответствующие отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона), а при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

С учетом этих особенностей на рассматриваемом этапе определялось соотношение ГК РФ и Закона о защите прав потребителей в целях создания эффективной гражданско-правовой охраны прав потребителей. Для решения этого вопроса необходимо обратиться в первую очередь к ст. 9 Федерального закона от 26 января 1996 г. № 15-ФЗ «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации»[1], согласно которой в случаях, когда одной из сторон в обязательстве является гражданин, использующий, приобретающий, заказывающий либо имеющий намерение приобрести или заказать товары (работы, услуги) для личных бытовых нужд, такой гражданин пользуется правами стороны в обязательстве в соответствии с ГК РФ, а также правами, предоставленными потребителю Законом РФ «О защите прав потребителей» и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами. Такая формулировка давала основание полагать, что действие Закона о защите прав потребителей было не только полностью сохранено, но во многих случаях дополнено правилами ГК РФ, а соотношение этих двух законов характеризуется не противоречием или подчинением, а вза-

[1] СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 411.

имодействием[1]. Однако представляется, что вопрос о соотношении этих двух законов несколько сложнее, а при установлении этого соотношения необходимо руководствоваться не только ст. 9 Вводного закона, но и другими статьями части второй ГК РФ.

Прежде всего существуют договорные виды, для которых Гражданский кодекс ввел отличные от Закона правила, направленные на защиту прав потребителей (розничная купля-продажа и бытовой подряд). Согласно п. 3 ст. 492 и п. 3 ст. 730 ГК РФ к отношениям по договору розничной купли-продажи с участием покупателя-гражданина, а также к отношениям по договору бытового подряда, не урегулированным Кодексом, применяются законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ними. Это означает, что в случаях, когда отношения между продавцом, исполнителем и потребителем подпадают под действие § 2 гл. 30, § 2 гл. 37 и гл. 39, если к отношениям по возмездному оказанию услуг применяются в силу ст. 783 правила § 2 гл. 37 Кодекса, то нормы Закона о защите прав потребителей могут применяться, поскольку они не противоречат указанным положениям ГК РФ или не урегулированы им. Если же имеется противоречие между ГК РФ и Законом о защите прав потребителей, то в этих случаях должен применяться ГК РФ.

Представляется также, что и к отношениям индивидуальных предпринимателей и организаций с потребителями, вытекающим из других договоров (например, проката, хранения и т.д.), Закон о защите прав потребителей должен применяться в части, не урегулированной положениями ГК РФ об этих договорах и не противоречащей им.

Вместе с тем следует отметить, что не все положения Закона о защите прав потребителей применяются только субсидиарно, некоторые из них как специальные имеют приоритет перед ГК РФ. В частности, это имеет место в случае, когда ГК РФ допускает установление иных по сравнению с ним правил законом или иными правовыми актами. Так, согласно ст. 477 ГК РФ покупатель вправе предъявить требования, связанные с недостатками товара, при условии, что они обнаружены

[1] *Суханов Е.А.* Вторая часть нового Гражданского кодекса и современный имущественный оборот // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 1996. № 3. С. 5–6; Е.А. Суханов также подчеркивает, что Закон о защите прав потребителей не только полностью сохраняет свое действие, но и не может считаться измененным какими-либо правилами ГК РФ. Оба эти закона в обязательствах с участием граждан-потребителей действуют как имеющие равную юридическую силу и не могут противопоставляться друг другу (Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, В.П. Звеков, Е.А. Суханов, К.Б. Ярошенко. М., 1995.С. 17).

в сроки, установленные этой статьей, если иное не предусмотрено законом. В связи с тем, что п. 1 ст. 19 Закона о защите прав потребителей предусматривает шестимесячный срок для обнаружения недостатков во всех товарах, за исключением недвижимости, то применяться должен этот срок, а не двухгодичный, предусмотренный ст. 477 ГК РФ. Аналогично сформулирована и ст. 724 ГК РФ о сроках обнаружения ненадлежащего качества результата работы, поэтому применяться должны сроки, установленные ст. 29 Закона о защите прав потребителей.

Далее, согласно п. 1 ст. 492 и п. 1 ст. 730 ГК РФ договор розничной купли-продажи и договор бытового подряда заключаются с потребителем, только если продавец осуществляет предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, а подрядчик осуществляет предпринимательскую деятельность по выполнению по заданию гражданина (заказчика) определенной работы, предназначенной удовлетворять бытовые или другие личные потребности заказчика. Следовательно, если продавец или подрядчик осуществляет предпринимательскую деятельность, но продажа товаров (выполнение работ или оказание услуг) для них не является систематической (например, продажа потребителю списанной мебели, техники и т.п.), то с потребителем будет заключаться просто договор купли-продажи или подряда, а правовое регулирование взаимоотношений между продавцом, исполнителем и потребителем будет подчиняться правилам, установленным в § 1 гл. 30 и § 1 гл. 37 (это касается и договора о возмездном оказании услуг). В этом случае в соответствии со ст. 9 Вводного закона на такие отношения в полной мере распространяются нормы Закона о защите прав потребителей.

Кроме того, с принятием части второй ГК РФ права и обязанности исполнителей и потребителей по различным договорам об оказании услуг, не подпадавшим под действие гл. III Закона, а также ответственность за неисполнение или ненадлежащее их исполнение оказались достаточно тщательно урегулированными.

В связи с этим необходимо различать договоры об оказании услуг, хотя и отличающиеся от собственно подряда вообще и бытового подряда в частности, но подчиняющиеся нормам о подряде (бытовом подряде). Такого рода договором, получившим название «возмездное оказание услуг», регулируется оказание многочисленных видов услуг, в том числе, услуг связи, медицинских, ветеринарных, аудиторских, консультационных, информационных услуг, услуг по обучению, туристическому обслуживанию и иных (речь идет о многочисленных услугах в сфере культуры, спорта, медицины и т.п.). Согласно ст. 779 и 783

ГК РФ, во-первых, общие положения о подряде (ст. 702–729 ГК РФ) и положения о бытовом подряде (ст. 730–739 ГК РФ) применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит ст. 779–782 ГК РФ, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг; во-вторых, действие гл. 39 ГК РФ не распространяется на услуги, оказываемые по договорам, предусмотренным гл. 37, 38, 40, 41, 44– 47, 49, 51, 53 ГК РФ.

Анализ норм глав 40, 41, 44–47, 49, 51, 53 ГК РФ показывает, что на них, за редким исключением, не распространяются нормы гл. III Закона о защите прав потребителей, и что согласно ст. 39 Закона последствия нарушения условий договоров об оказании услуг, не подпадающие под действие гл. III Закона, должны определяться именно законом, а не иными правовыми актами. Таким законом является в первую очередь ГК РФ. При этом в одних случаях в соответствующих главах ГК РФ решаются только отдельные вопросы об ответственности исполнителей (ст. 794–796 ГК РФ), а более полное регулирование должно содержаться в иных актах. Так, согласно ст. 793 ГК РФ в случае неисполнения либо ненадлежащего исполнения обязательств по перевозке стороны несут ответственность, установленную указанными ранее статьями ГК РФ, а также транспортными уставами, кодексами и соглашением сторон. При этом соглашения транспортных организаций с пассажирами об ограничении или устранении установленной законом ответственности перевозчика недействительны.

В других случаях Кодекс отсылает к общим положениям о договорной ответственности, урегулированным гл. 25 ГК РФ, как это, например, имеет место в случае с расчетами платежными поручениями (п. 1 ст. 866 ГК РФ).

Наконец, по отдельным видам услуг в ГК РФ содержится развернутая регламентация ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение (§ 1 и 3 гл. 47 «Хранение», гл. 51 ГК РФ).

В некоторых случаях в связи со спецификой самих услуг ответственность может наступать и за причинение вреда. Это прежде всего касается услуг по перевозке пассажиров (ст. 800 ГК РФ). Вместе с тем необходимо иметь в виду, что речь идет отнюдь не только об этих услугах, но и о некоторых иных[1], так как ко всем договорным видам,

[1] При таких обстоятельствах должны применяться нормы гл. 59 ГК РФ, регулирующие ответственность за причиненный вред. Ситуация, когда нарушением договорных обязательств может быть причинен вред жизни, здоровью или имуществу и должны применяться нормы гл. 59 ГК РФ, может возникнуть, в частности, при оказании платных медицинских услуг.

на которые не распространяется действие гл. III Закона, применяются нормы гл. I и IV Закона о защите прав потребителей.

Судебная практика в рассматриваемый период характеризовалась накоплением опыта применения и выработкой подходов, основанных на нормах ГК РФ, Закона о защите прав потребителей и разъяснениях Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 и касавшихся как общих вопросов для законодательства о защите прав потребителей, так и наиболее важных частных проблем[1].

Прежде всего речь идет о сфере применения специальных норм Закона о защите прав потребителей. Так, в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за второй квартал 1996 г. от 11 сентября 1996 г.[2] обращалось внимание судов на необходимость в соответствии со ст. 10 и 12 Закона о защите прав потребителей учета обязанности продавца информировать покупателя, в том числе и о гарантийном сроке службы продаваемого товара, а также сообщить ему о необходимых действиях по истечении указанных сроков, если товары по истечении этих сроков становятся непригодными для использования по назначению, а также его ответственности за предоставление недостоверной или неполной информации о товаре, в том числе и в виде возмещения убытков. Там же указывалось о том, что условие договора о размере неустойки, ущемляющее права потребителя по сравнению с правилами, установленными Законом о защите прав потребителей, должно признаваться недействительным согласно п. 1 ст. 14 этого Закона.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ обращала внимание судов на необходимость правильного определения законодательства, подлежащего применению по конкретному делу, указывая, что в круг отношений, регулируемых Законом о защите прав потребителей, включаются и те, которые вытекают, в частности, из договоров на оказание финансовых услуг, направленных на удовлетворение личных бытовых нужд потребителя-гражданина. Однако вопрос о возможности применения указанного Закона в каждом деле решается судьей в зависимости от содержания конкретного договора, в том числе от того, можно ли признавать участвующего в нем гражданина потребителем[3].

---

[1] Рассмотрение частных проблем выходит за рамки настоящей статьи.

[2] Бюллетень ВС РФ. 1997. № 3.

[3] См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации» // Бюллетень ВС РФ. 1996. № 11, 12.

О применении Закона о защите прав потребителей шла речь и в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за второй квартал 1998 г. от 4 августа 1998 г., в котором разъяснялось, что если ресурсоснабжающие предприятия прекратят предоставление коммунальных услуг (отключат электроэнергию, воду, телефон) в связи с тем, что ветераном перечисленные услуги оплачивались не полностью, а в размере с учетом предоставленных ему льгот, то по его требованию суд обязывает это предприятие восстановить предоставление услуг и может взыскать компенсацию за причиненный моральный вред в соответствии с Законом о защите прав потребителей[1]. Аналогичный вопрос разрешался при определении возможности применения законодательства о защите прав потребителей к отношениям по участию граждан в долевом строительстве, которая связывалась высшей судебной инстанцией с необходимостью учета цели, преследуемой гражданином при заключении договора. Со ссылкой на п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 был сделан совершенно верный вывод о том, что отношения, регулируемые законодательством о защите прав потребителей, могут возникать из договора банковского вклада, в котором вкладчиком является гражданин, и других договоров, направленных на удовлетворение личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности[2].

Объектом применения законодательства о защите прав потребителей стала и сфера образовательных услуг, применительно к которой был сделан вывод о том, что договор об оказании платных образовательных услуг – это возмездный договор, в силу которого образовательное учреждение оказывает услугу по обучению гражданину-потребителю (обучающемуся) в приобретении навыков и знаний, поэтому на рассматриваемые отношения распространяется Закон о защите прав потребителей. Однако поскольку указанный договор по своему характеру не может в полной мере подпадать под действие гл. III данного Закона, то в силу ст. 39 названного Закона он будет распространяться на отношения, вытекающие из договора, в части общих правил (о праве граждан на предоставление информации, о компенсации морального вреда, об альтернативной подсудности и освобождении от уплаты

[1] Бюллетень ВС РФ. 1998. № 11.

[2] См.: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2001 года от 26 декабря 2001 г. // Бюллетень ВС РФ. 2002. № 4.

государственной пошлины), а правовые последствия нарушений условий этого договора будут определяться самим договором, который не должен противоречить положениям ГК РФ[1].

В конце рассматриваемого периода весьма важные выводы и обобщения судебной практики, касающиеся условий и пределов применения законодательства о защите прав потребителей в сфере банковского кредитования, были сделаны в Обзоре судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров[2].

Третий этап, как уже отмечалось, начался в 2012 г. и продолжается в настоящее время. Новый импульс для развития законодательства о защите прав потребителей придали в первую очередь масштабные шаги по практической реализации мер по реформированию кодифицированного гражданского законодательства[3], появление новых законодательных актов и решений в сфере защиты прав потребителей, а также модернизация норм Закона о защите прав потребителей.

Вместе с тем принятие постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» не только подвело итоги практически 20-летнего периода применения российской судебной системой законодательства о защите прав потребителей, но и задало ряд важнейших ориентиров практики его применения на длительную перспективу.

Меры по реформированию кодифицированного гражданского законодательства, непосредственно затрагивающие вопросы защиты прав

---

[1] См.: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2002 года от 10 июля 2002 г. // Бюллетень ВС РФ. 2002. № 11. А вот рассматривая возможность применения законодательства о защите прав потребителей к отношениям, вытекающим из договоров имущественного страхования, Верховный Суд РФ сделал противоположный вывод исходя из того, что целью страхования при заключении договора имущественного страхования является погашение за счет страховщика риска имущественной ответственности перед другими лицами, или риска возникновения иных убытков в результате страхового случая (Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2008 года от 28 мая 2008 г. // Бюллетень ВС РФ. 2008. № 8).

[2] См.: Приложение к Информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 сентября 2011 г. № 146 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 11.

[3] Подробно об этапах реформирования гражданского законодательства см.: *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд. М.: Статут, 2018. С. 18–72.

потребителей, связаны с принятием и введением в действие Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»[1], внесшего изменения в ст. 426 ГК РФ о публичном договоре и включившего в Кодекс ст. 429.4 о договоре с исполнением по требованию (абонентском договоре). Что касается конструкции публичного договора, то в п. 1 ст. 426 ГК РФ в редакции Федерального закона № 42-ФЗ расширено представление о лицах, профессионально действующих в сфере розничной торговли, перевозки транспортом общего пользования, услуг связи, энергоснабжения, медицинского, гостиничного обслуживания и т.д. В связи с этим публичным договором теперь признается такой договор, который заключен лицом, осуществляющим предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, а не только коммерческой организацией, как ранее[2]. Лицо, осуществляющее предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, при заключении публичного договора не вправе оказывать предпочтение одним лицам перед другими, за исключением случаев, предусмотренных законом или иными правовыми актами. Отказ такого лица от заключения публичного договора по общему правилу не допускается, за исключением случая, когда оно сможет доказать отсутствие возможности предоставить потребителю соответствующие товары, выполнить для него соответствующие работы или оказать услуги. При необоснованном уклонении лица, осуществляющего предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность, от заключения публичного договора применяются положения, предусмотренные п. 4 ст. 445 ГК РФ.

Кроме того, в публичном договоре цена товаров, работ или услуг, как и раньше, должна быть одинаковой для потребителей соответствующей категории. А вот иные условия публичного договора теперь не могут устанавливаться исходя из преимуществ отдельных потребителей или оказания им предпочтения, за исключением случаев, когда законом или иными правовыми актами допускается предоставление льгот отдельным категориям потребителей. В случаях, предусмотренных законом, Правительство РФ, а также уполномоченные Правительством РФ федеральные органы исполнительной власти могут издавать

[1] СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

[2] Такой подход также нашел отражение в п. 15 и 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» // Бюллетень ВС РФ. 2019. № 2.

правила, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (типовые договоры, положения и т.п.).

Условия публичного договора, не соответствующие требованиям ст. 426 ГК РФ, ничтожны. Верховный Суд РФ специально разъяснил[1], что ничтожными в силу п. 5 ст. 426 ГК РФ являются как условия публичного договора, не соответствующие требованиям, установленным п. 2 и 4 этой статьи, так и условия сделки, заключенной с потребителем, не соответствующие актам, содержащим нормы гражданского права, обязательные для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (ст. 3, п. 4 и 5 ст. 426 ГК РФ), а также условия сделки, при совершении которой был нарушен явно выраженный законодательный запрет ограничения прав потребителей (например, п. 2 ст. 16 Закона о защите прав потребителей, ст. 29 Закона о банках и банковской деятельности[2]).

Таким образом, конструкция публичного договора предназначена для ограничения принципа свободы договора при его заключении и определении условий, создает справедливый баланс интересов экономически неравных участников гражданского оборота при соблюдении их формального юридического равенства[3].

Согласно ст. 429.4 ГК РФ договором с исполнением по требованию (абонентским договором) признается договор, предусматривающий внесение одной из сторон (абонентом) определенных, в том числе периодических, платежей или иного предоставления за право требовать от другой стороны (исполнителя) предоставления предусмотренного договором исполнения в затребованном количестве (объеме) либо на иных условиях, определяемых абонентом[4]. При этом абонент обязан вносить платежи или предоставлять иное исполнение по абонентскому договору независимо от того, было ли затребовано им соответствующее исполнение от исполнителя, если иное не предусмотрено законом или договором. Абонентские договоры являются

[1] См. п. 75 и 76 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (Бюллетень ВС РФ. 2015. № 8), а также п. 18 и 19 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2018 г. № 49.

[2] См.: Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-I «О банках и банковской деятельности» // СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492 с послед. изм. и доп.

[3] См.: *Кучер А.Н.* Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут. 2005. С. 304.

[4] См. также: п. 32 и 33 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2018 г. № 49.

широко распространенными на практике в особенности в сфере выполнения работ и оказания услуг[1]. Критерием выделения этого вида договора является специфика исполнения возникшего на его основании обязательства. Он в какой-то мере схож с договором в пользу третьего лица, который также предполагает специфику исполнения обязательства, но не по способу исполнения, а по его субъекту.

В этот период были приняты новые законодательные акты и решения в сфере защиты прав потребителей. Состав специальных законов о защите прав потребителей в 2013 г. пополнился Федеральным законом от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»[2]. Согласно этому Закону, введенному в действие с 1 июля 2014 г., ст. 807 ГК РФ была дополнена п. 3, установившем, что особенности предоставления займа под проценты заемщику-гражданину в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью, определяются законами[3].

В связи с реформированием ГК РФ в части финансовых сделок согласно Федеральному закону от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»[4] данная отсылочная норма стала п. 7 ст. 807 ГК РФ без каких бы то ни было изменений. Это обстоятельство вызывает два принципиальных вопроса, ответ на которые должен показать, удалось ли законодателю достаточно полно и последовательно провести в жизнь принцип расширения прав, предоставляемых слабой стороне в кредитных отношениях применительно к сфере потребительского кредитования.

Прежде всего указание в п. 7 ст. 807 ГК РФ (в редакции Федерального закона от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ) на то, что особенности

---

[1] См.: *Кабалкин А.Ю.* Законодательство о сфере обслуживания населения. М., 1988. С. 88–92; Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. II: Обязательственное право / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 473–476 и др.

[2] СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6673; 2014. № 30 (часть I). Ст. 4230; 2016. № 27 (часть I). Ст. 4164; 2017. № 50 (часть III). Ст. 7549; 2018. № 11. Ст. 1588; 2018. № 53 (часть I). Ст. 8480; 2019. № 18. Ст. 2200; 2019. № 31. Ст. 4430; 2019. № 52 (часть I). Ст. 7801; 2020. № 14 (часть I). Ст. 2036 (далее – Закон о потребительском кредите).

[3] См. ст. 3 Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 363-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О потребительском кредите (займе)»» // СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6683; 2014. № 26 (часть I). Ст. 3395.

[4] СЗ РФ. 2017. № 31 (часть I). Ст. 4761 (далее – Федеральный закон от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ).

предоставления займа под проценты заемщику-гражданину в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью, устанавливаются законами, вызывает необходимость объяснения, о каких законах идет речь и как эти законы соотносятся с соответствующими нормами, содержащимися в ГК РФ. Ответ на данный вопрос содержится в ст. 2 Закона о потребительском кредите, согласно которой законодательство Российской Федерации о потребительском кредите (займе) основывается на положениях ГК РФ. Такая формулировка в значительной мере отличается от подхода законодателя к правовому регулированию гражданско-правовых отношений. Согласно ч. 2 п. 2 ст. 3 ГК РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу. Если обратить внимание на то, как определяется соотношение норм ГК РФ и законодательства о защите прав потребителей, то, например, в п. 3 ст. 492 и п. 3 ст. 730 ГК РФ указывается, что к отношениям по договору розничной купли-продажи с участием покупателя-гражданина, а также бытового подряда, не урегулированным Кодексом, применяются законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ними. Прямой отказ законодателя в гл. 42 ГК РФ от правового регулирования отношений в сфере потребительского кредита в совокупности с указанием в Законе о потребительском кредите на то, что он «основывается на положениях ГК РФ», в лучшем случае могут толковаться как соответствие его норм лишь общим принципам гражданского законодательства, изложенным в ст. 1 ГК РФ. Конечно, с таким подходом ни в коем случае нельзя согласиться, поскольку он находится в полном противоречии с ГК РФ[1].

Кроме того, согласно ст. 2 Закона о потребительском кредите в состав законодательства Российской Федерации о потребительском кредите (займе) наряду с самим Законом о потребительском кредите включаются законы о банках и банковской деятельности, о микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях, о кредитной кооперации, о сельскохозяйственной кооперации,

[1] *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс» (комментарии законодательства)). В.В. Витрянский совершенно справедливо подчеркивает, что при окончательном «редактировании» нормы о потребительском кредите были исключены из законопроекта, а регулирование соответствующих отношений было дано «на откуп» Закону о потребительском кредите (займе) без какого-либо упоминания о применении к отношениям, связанным с потребительским кредитованием граждан, законодательства о защите прав потребителей (п. 7 ст. 807 ГК РФ в редакции «отредактированного» законопроекта).

о ломбардах и другие федеральные законы, регулирующие отношения, возникающие в связи с предоставлением потребительского кредита (займа) физическому лицу в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, на основании кредитного договора, договора займа и исполнением соответствующего договора. Следовательно, данный Закон подчеркнуто дистанцируется от Закона о защите прав потребителей, да и вообще от законодательства о защите прав потребителей. Между тем даже с формально-догматической точки зрения Закон о потребительском кредите и по субъектному составу, и по цели предоставления соответствующих финансовых услуг, и по инструментарию, используемому для обеспечения баланса интересов экономически более сильных кредитных организаций и иных услугодателей, с одной стороны, и слабой стороны (граждан-потребителей), с другой стороны, представляет собой неотъемлемую составную часть законодательства о защите прав потребителей[1].

Итак, модернизация ГК РФ в сфере правового регулирования займа и кредита, а также принятие Закона о потребительском кредите показывают, что принцип расширения прав, предоставляемых слабой стороне в кредитных отношениях, в том числе гражданам-потребителям, реализован непоследовательно, с нарушением правил, установленных как общими, так и специальными нормами ГК РФ, и не обеспечивает в полной мере баланс интересов граждан-потребителей во взаимоотношениях с экономически более сильными лицами, оказывающими им соответствующие финансовые услуги[2].

[1] Это в полной мере подтверждается ч. 2 п. 1 ст. 17 Закона о защите прав потребителей, введенной Федеральным законом от 4 июня 2018 г. № 133-ФЗ (СЗ РФ. 2018. № 24. Ст. 3400), согласно которой защита прав потребителей услуг, оказываемых финансовыми организациями, организующими взаимодействие с уполномоченным по правам потребителей финансовых услуг в соответствии с Федеральным законом «Об уполномоченном по правам потребителей финансовых услуг», осуществляется с особенностями, установленными указанным Федеральным законом.

[2] Закон о потребительском кредите за шесть лет своего действия неоднократно подвергался весьма серьезным изменениям и дополнениям. Большие и очень серьезные изменения, направленные на соблюдение баланса интересов услугодателей и потребителей, были внесены в него в 2019 г. (СЗ РФ. 2019. № 18. Ст. 2200; 2019. № 31. Ст. 4430; 2019. № 52 (часть I). Ст. 7801). А в 2020 г. Федеральным законом от 3 апреля 2020 г. № 106-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части особенностей изменения условий кредитного договора, договора займа» (СЗ РФ 2020. № 14 (часть I). Ст. 2036) Закон о потребительском кредите не только был вновь серьезно изменен, но и по существу был принят «параллельный» Закон о потребительском кредите (см. ст. 6 и 7 Федерального закона от 3 апреля 2020 г. № 106-ФЗ).

Модернизация норм Закона о защите прав потребителей в течение рассматриваемого периода в основном касалась различных аспектов деятельности государственных органов по защите прав потребителей. Вместе с тем ряд новых норм Закона были посвящены важным гражданско-правовым вопросам.

В гражданско-правовые отношения с потребителями на рынке вступают самые различные юридические лица и индивидуальные предприниматели, которые реализуют им товары (работы, услуги). Среди них Закон о защите прав потребителей традиционно выделяет изготовителей, продавцов[1] и исполнителей.

В соответствии с Федеральным законом от 29 июля 2018 г. № 250-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей»» лицами, вступающими с потребителями в обязательственно-правовые отношения, являются владельцы агрегатора информации о товарах (услугах)[2], т.е. юридические лица независимо от организационно-правовой формы или индивидуальные предприниматели, которые являются либо владельцами программного обеспечения для ЭВМ и (или) владельцами сайта либо страницы сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», предоставляющими потребителю возможность одновременно ознакомиться с предложением продавца о заключении договора, заключить с ним договор и произвести предварительную оплату товара путем перевода денежных средств владельцу агрегатора в рамках применяемых форм безналичных расчетов в соответствии с п. 3 ст. 16.1 Закона о защите прав потребителей и Федеральным законом от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»[3].

В связи с этим владелец агрегатора должен предоставлять информацию потребителю о себе и продавце. Он доводит до сведения потребителей информацию о себе и продавце посредством ее размещения на своих сайте либо странице сайта в информационно-телекому-

[1] По смыслу Закона о защите прав потребителей к лицам, взаимодействующим с потребителями, относятся также уполномоченные организации (уполномоченные индивидуальные предприниматели), т.е. созданные на территории Российской Федерации изготовителем или продавцом, в том числе иностранными, или действующие на основании договора с ними лица, уполномоченные ими на принятие и удовлетворение требований потребителей в отношении товара ненадлежащего качества, а также импортеры, т.е. юридические лица независимо от их организационно-правовой формы или индивидуальные предприниматели, осуществляющие импорт товара для его последующей реализации на территории Российской Федерации.

[2] СЗ РФ. 2018. № 31. Ст. 4839.

[3] СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872 с послед. изм. и доп.

никационной сети «Интернет», а информацию о продавце вправе довести до сведения потребителей посредством размещения на своих сайте либо странице сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» ссылки на сайт продавца в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». В свою очередь продавец обязан предоставить владельцу агрегатора и размещать на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», если он имеется, достоверную информацию о себе. При наличии изменений в такой информации продавец обязан в течение одного рабочего дня с момента внесения в нее изменений сообщать владельцу агрегатора об этих изменениях и размещать их на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». Владелец агрегатора обязан внести эти изменения в информацию о продавце в течение одного рабочего дня, если размещение указанной информации осуществляется на сайте владельца агрегатора либо его странице сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В настоящее время ответственность за убытки, причиненные потребителю вследствие непредоставления ему информации, а также при предоставлении недостоверной или неполной информации о товаре или продавце, на основании которой потребителем был заключен договор купли-продажи, несет владелец агрегатора, если такую информацию должен был предоставить он. При этом в ст. 12 Закона о защите прав потребителей прямо указывается, что ответственность за исполнение договора, заключенного потребителем с продавцом на основании предоставленной владельцем агрегатора информации о товаре или продавце, а также за соблюдение прав потребителей, нарушенных в результате передачи потребителю товара ненадлежащего качества и обмена непродовольственного товара надлежащего качества на аналогичный товар, несет продавец. Однако данная норма является диспозитивной и позволяет предусмотреть иные правила соглашением между владельцем агрегатора и продавцом; иное может также вытекать из существа отношений между ними. В любом случае владелец агрегатора не несет ответственность за убытки, причиненные потребителю вследствие предоставления ему недостоверной или неполной информации о товаре, если он не вносит никаких изменений в информацию о товаре, предоставленную продавцом и содержащуюся в предложении о заключении договора купли-продажи.

Потребитель вправе предъявить требование к владельцу агрегатора о возврате суммы произведенной им предварительной оплаты товара при одновременном наличии следующих условий:

1) товар, в отношении которого потребителем внесена предварительная оплата на банковский счет владельца агрегатора, не передан потребителю в срок;

2) потребитель направил продавцу уведомление об отказе от исполнения договора купли-продажи в связи с нарушением им обязательства передать товар в установленный срок.

Сумма полученной владельцем агрегатора предварительной оплаты товара должна быть возвращена потребителю в течение десяти календарных дней со дня предъявления им такого требования. Потребитель в свою очередь должен наряду с требованием о возврате суммы предварительной оплаты товара направить владельцу агрегатора подтверждение передачи продавцу уведомления об отказе от исполнения договора купли-продажи. Уведомление продавцу об отказе от исполнения договора купли-продажи может быть направлено владельцу агрегатора, который обязан направить его продавцу (исполнителю), если иное не предусмотрено условиями пользовательского или иного соглашения потребителя с владельцем агрегатора.

Владелец агрегатора вправе отказать потребителю в возврате суммы предварительной оплаты товара при получении от продавца подтверждения принятия потребителем товара при условии, что копия такого подтверждения была направлена владельцем агрегатора потребителю в течение десяти календарных дней со дня получения им требования о возврате суммы предварительной оплаты товара. В случае несогласия потребителя с представленными владельцем агрегатора доказательствами принятия потребителем товара потребитель вправе потребовать возврата суммы произведенной им предварительной оплаты товара в судебном порядке.

Еще одна важная новелла связана с появлением ст. 16.1 в Законе о защите прав потребителей[1], согласно которой продавец (исполнитель, владелец агрегатора в случае использования в своей деятельности наличных расчетов с потребителем) обязан обеспечить возможность оплаты товаров (работ, услуг) путем использования национальных платежных инструментов, а также наличных расчетов по выбору потребителя. У продавца (исполнителя, владельца агрегатора), имеющего выручку от реализации товаров (выполнения работ, оказания услуг)

[1] Статья 16.1 Закона о защите прав потребителей была введена Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 112-ФЗ // СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2317. Пункт 1 ст. 16.1 Закона о защите прав потребителей действует в редакции Федерального закона от 1 мая 2017 г. № 88-ФЗ и Федерального закона от 31 июля 2020 г. № 290-ФЗ // СЗ РФ. 2020. № 31 (часть I). Ст. 5049.

за предшествующий календарный год свыше 40 млн руб., возникает обязанность обеспечить возможность оплаты товаров (работ, услуг) с использованием национальных платежных инструментов в рамках национальной системы платежных карт. Исключение из этого правила установлено для тех случаев, когда оплата осуществляется в месте, где не предоставляются услуги доступа к подвижной радиотелефонной связи либо к средствам коллективного доступа к информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» или выручка от реализации товаров в таком месте составляет менее 5 млн руб. за предшествующий календарный год.

Потребители вправе оплачивать товары, работы или услуги в соответствии с указанием продавца (исполнителя) через субъектов национальной платежной системы[1], осуществляющих оказание платежных услуг, если иное не установлено федеральными законами или иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

Важным вопросом для осуществления наличных и безналичных платежей является момент исполнения денежного обязательства потребителем. Он зависит от вида платежа и определяется императивными нормами п. 3 ст. 16.1 Закона о защите прав потребителей следующим образом:

– при оплате товаров (работ, услуг) наличными денежными средствами с момента внесения наличных денежных средств продавцу (исполнителю) либо платежному агенту (субагенту), осуществляющему деятельность по приему платежей физических лиц;

– оплате товаров (работ, услуг) путем перевода потребителем наличных денежных средств без открытия банковского счета с момента внесения потребителем наличных денежных средств кредитной организации либо банковскому платежному агенту (субагенту), осуществляющим деятельность в соответствии с законодательством Российской Федерации о национальной платежной системе;

– оплате товаров (работ, услуг) путем перевода денежных средств в рамках применяемых форм безналичных расчетов с момента подтверждения его исполнения обслуживающей потребителя кредитной организацией.

[1] Федеральный закон от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» (СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872 с послед. изм. и доп.). Согласно п. 4 ст. 4 указанного Закона услуги по приему платежей оказывают платежные агенты в соответствии с Федеральным законом от 3 июня 2009 г. № 103-ФЗ «О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами» (СЗ РФ. 2009. № 23. Ст. 2758).

При оплате товаров продавцу запрещено устанавливать в отношении одного вида товаров различные цены в зависимости от способа их оплаты посредством наличных расчетов или в рамках применяемых форм безналичных расчетов. При этом продавец несет ответственность за возникшие у потребителя убытки, вызванные нарушением требований ст. 16.1 Закона о защите прав потребителей.

Таким образом, за практически 30-летний период существования законодательства о защите прав потребителей как комплексной отрасли законодательства оно продемонстрировало свою жизнеспособность и высокую общественную востребованность. Учитывая, что ядром этой комплексной отрасли законодательства является гражданско-правовая защита прав потребителей, важно также подчеркнуть несомненную стабильность правового регулирования, основанного как на классическом инструментарии, содержащемся в ГК РФ, так и на системе специальных гражданско-правовых средств, нашедших воплощение в Законе о защите прав потребителей[1]. Все это дает серьезные основания для вывода о том, что ГК РФ и законодательство о защите прав потребителей в целом обеспечивают высокий уровень охраны граждан-потребителей.

[1] Это дает веские основания для поддержки справедливого вывода о том, что институт защиты прав потребителей сформировался и как межотраслевой институт российского права, представляющей собой совокупность правовых норм различной отраслевой принадлежности (гражданско-правовых, конституционно-правовых, административно-правовых, уголовно-правовых и пр.), регулирующих общественные отношения, складывающиеся в процессе производства и реализации товаров (работ, услуг) субъектами предпринимательской деятельности широкому кругу граждан в целях удовлетворения их личных, семейных, бытовых и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (*Богдан В.В.* Гражданско-правовое регулирование защиты прав потребителей в современной России: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Курск, 2015. С. 9).

**Е.А. Суханов**

# ПОНЯТИЕ НЕДВИЖИМОСТИ В ЗАКОНОПРОЕКТЕ О ВЕЩНОМ ПРАВЕ

Глубоко исследованная в трудах профессора В.П. Грибанова проблематика осуществления и защиты гражданских прав привела его к выводу о постоянном возрастании социальной ценности гражданского права в ходе общественного развития[1]. Этот вывод ученого перекликается с постулатом И.А. Покровского, который еще в начале прошлого века указывал, что «бесспорным историческим фактом до сей поры является то обстоятельство, что по мере того, как общество прогрессирует, по мере того, как в нем обнаруживается необходимость перехода к высшим формам хозяйственной деятельности, соответственные отношения все более и более проникаются частноправовыми началами»[2].

Социальное значение гражданско-правового регулирования с присущими ему началами (принципами) юридического равенства, автономии воли и добросовестности в использовании субъективных прав и исполнении обязанностей проявляется, в частности, в установлении четкого гражданско-правового режима объектов гражданских правоотношений. При этом в развитии современного гражданского оборота все более значительную роль играют различные вещно-правовые режимы, в том числе категория недвижимости (недвижимых вещей), восстановленная новым российским гражданским правом, но продолжающая вызывать споры и недоразумения как теоретического, так и практического характера, прежде всего в силу сохраняющейся неясности самого законодательного определения этого понятия.

Ключевое значение недвижимости связано с тем, что эта юридическая категория определяет само существование вещных прав. Ведь в соответствии с учением германских пандектистов (первым среди которых должен быть назван основоположник учения о вещном праве А.Ф.Ю. Тибо) именно экономическая необходимость юридически прочной возможности использования чужих земельных участков

---

[1] См.: *Грибанов В.П., Суханов Е.А.* О социальной ценности гражданского права // Советское государство и право. 1989. № 9.

[2] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 44.

(недвижимых вещей) и обусловила появление ограниченных вещных прав[1]. Напротив, «упразднение деления имуществ на движимые и недвижимые» (примечание к ст. 21 Гражданского кодекса РСФСР 1922 г.) привело отечественное гражданское право не только к исчезновению института (подотрасли) вещных прав, но и к его длительному существованию в качестве гражданского права, которое по своей юридической природе не было частным правом (ибо гражданский оборот покоился исключительно на государственной собственности на землю и «основные средства производства»). Более того, наличие (или отсутствие) категории «недвижимость» влияет и на многие другие институты гражданского права (в частности, лишает всеобщности деление сделок на реальные и консенсуальные, превращает традиционную виндикацию в способ защиты права собственности только на движимые вещи и т.д.).

5 декабря 2019 г. Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет по кодификации) одобрил подготовленный по его поручению проект новой редакции разд. II Гражданского кодекса РФ, посвященный вещному праву (далее – Законопроект о вещном праве, Законопроект)[2]. Первый вариант этого Законопроекта был внесен Президентом РФ в Государственную Думу РФ еще 2 апреля 2012 г. в составе разработанного в основном на базе Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 г.[3] единого законопроекта о новой редакции ГК РФ[4] и принят ею в первом

[1] См.: *Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность (Венедиктов А.В. Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. II. М.: Статут, 2004. С. 116–122).

[2] См.: О проекте Федерального закона № 47538-6/5 «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (во втором чтении) // Экспертные заключения Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. 2019 г.: Материалы IX международной научно-практической конференции «Гражданское право России. Итоги года». 24 декабря 2019 г. М.: Статут, 2019. С. 543 и сл.

[3] См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2009. В ее составе находятся основные положения Концепции развития законодательства о вещном праве, также разработанной одной из рабочих групп Совета по кодификации и одобренного им (Вестник ВАС РФ. 2009. № 4).

[4] См.: Гражданский кодекс Российской Федерации с изменениями, предусмотренными проектом Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации». М.: Проспект, 2012.

чтении 27 апреля 2012 г. Однако после этого по Постановлению Государственной Думы от 16 ноября 2012 г. этот единый Законопроект был разделен на несколько отдельных законопроектов, большая часть которых была принята в течение 2012–2017 гг.

Но рассмотрение во втором чтении Законопроекта, посвященного вещному праву, постоянно отодвигалось, несмотря на положительные результаты периодически проводившихся публичных слушаний и других форм его обсуждения (в частности, по основному содержанию Законопроекта не было высказано каких-либо принципиальных возражений или замечаний во время специально посвященного ему заседания круглого стола, проведенного в Государственной Думе в мае 2015 г.). Таким образом, в течение более чем восьми лет после первого чтения он оказался фактически «замороженным». В ноябре 2018 г. Совет по кодификации создал новую рабочую группу по вещному праву во главе с профессором В.В. Витрянским, которой и поручил подготовить Законопроект о вещном праве ко второму чтению в Государственной Думе РФ. Названная рабочая группа завершила свою деятельность в конце 2019 г., представив Совету по кодификации подготовленный ею обновленный текст Законопроекта.

Следует отметить, что параллельно с этой работой по инициативе Министерства экономического развития РФ был подготовлен и принят ряд принципиально важных федеральных законов, содержание которых находилось в принципиальном противоречии с законопроектами о новой редакции разд. II ГК РФ о вещном праве. В частности, было существенно обновлено содержание Земельного кодекса РФ[1] и введен в действие новый Закон о регистрации недвижимости[2]. Все это значительно затруднило деятельность по реформированию норм ГК РФ о вещном праве и без необходимости осложнило, а не улучшило действующее законодательное регулирование соответствующих отношений. До сих пор оно формируется и развивается без какой-либо внятной концептуальной основы, а принятие продуманной системы основополагающих законодательных норм о вещном праве, которые должны находиться в Гражданском кодексе, во многом искусственно тормозится.

[1] См. особенно федеральные законы: от 23 июня 2014 г. № 171-ФЗ (СЗ РФ. 2014. № 26 (часть I). Ст. 3377); от 31 декабря 2014 г. № 499-ФЗ (СЗ РФ. 2015. № 1 (часть I). Ст. 52); от 3 августа 2018 г. № 341-ФЗ (СЗ РФ. 2018. № 32 (часть II). Ст. 5133).

[2] См. Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» (СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). Ст. 4344). Далее – Закон о регистрации недвижимости.

По классическим пандектным представлениям, идущим от римского частного права, недвижимыми вещами (*res immobiles*) являются только земельные участки, а то, что прочно (фундаментом) прикреплено к земле, считается не самостоятельной вещью, а лишь составной частью (*Bestandteil*) земельного участка. В этом качестве составная часть вещи принадлежит собственнику земли (*solum*), следуя ее юридической судьбе в соответствии с принципом *superficies solo cedit*[1] (или, как удачно говорит § 93 Германского Гражданского уложения (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), «не может быть предметом иных прав»).

Поэтому в построенном по пандектным образцам *BGB* вместо понятия недвижимости (*Immobilien*), считающимся сугубо доктринальным, в качестве его синонима прямо используется термин «земельный участок» (*Grundstück*) (ср. § 94–96 ГГУ). Аналогичный подход закреплен и концептуально близким к нему швейцарским Гражданским кодексом (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB*), например, в главе девятнадцатой «Земельная собственность» (*Grundeigentum*) и во втором разделе «Ограниченные вещные права» четвертой части «Вещное право» (п. 1 абз. 2 ст. 655 и п. 1 абз. 1 ст. 913 *ZGB*).

Вместе с тем в европейском континентальном праве имеется и иной, исторически предшествующий подход к пониманию недвижимости, первоначально закрепленный французским *Code civil* (ст. 517–526). В соответствии с ним категория «недвижимость» охватывает самые различные объекты:

1) в силу их природы (например, земельные участки и строения);

2) в силу их назначения (к ним относятся перечисленные в законе вещи, размещенные собственником на своем земельном участке для его обслуживания и эксплуатации);

3) в силу характера предмета, принадлежность которого они составляют (некоторые вещные права, в частности, узуфрукты и сервитуты).

Иначе говоря, различаются недвижимые вещи по природе, по назначению и в силу указаний закона[2].

Этот подход был воспринят и рядом других западноевропейских гражданских кодексов, первоначально разрабатывавшихся по французским («романским») образцам. Так, согласно § 293 австрийского

[1] Гай. D.43.XVIII.2 (Дигесты Юстиниана: пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. VI. Полутом 2. М.: Статут, 2005. С. 355). См. также: *Хвостов В.М.* Система римского права: учебник. М.: Спарк, 1996. С. 129, 324.

[2] См.: *Козырь О.М.* Недвижимость в новом Гражданском кодексе России // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: сб. памяти С.А. Хохлова. М.: МЦФЭР, 1998. С. 273–276.

Общего Гражданского уложения (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*) недвижимыми вещами признаются как вещи, перемещение которых на другое место невозможно без повреждения их субстанции (недвижимости по природе), так и движимые вещи, которые по указанию закона или решению собственника составляют принадлежность недвижимой вещи (недвижимости в силу закона или по назначению). К ним, в частности, согласно § 297 *ABGB* относятся постоянно находящиеся на земельном участке здания и строения, колодцы и т.п. В силу ч. 1 ст. 812 итальянского Гражданского кодекса (*Codice civile*) недвижимыми вещами признаются как земельные участки, так и здания и строения, а также водные источники, деревья и некоторые другие объекты. По этому же пути пошел и Гражданский кодекс Нидерландов, объявивший недвижимостью как земельные участки, так и «прочно соединенные» с ними здания и сооружения, а также «недобытые полезные ископаемые» (фактически – участки недр) и соединенные с землей насаждения (п. 1 ст. 3 кн. 3).

Кроме того, гражданско-правовой режим недвижимости едва ли не повсеместно приобрели вещные права на недвижимое имущество (см. особенно § 298 *ABGB* и ст. 904 Гражданского кодекса Квебека; согласно ст. 813 итальянского *Codice civile* правила о недвижимых вещах применяются к вещным правам)[1]. Следует отметить, что возможные логические противоречия и сколько-нибудь существенные теоретические или практические проблемы в понимании недвижимости в правопорядках романского типа были сглажены и постепенно исключены сложившейся многолетней практикой применения перечисленных законоположений.

Второму из названных исторически сложившихся подходов традиционно следует и отечественное законодательство. Как известно, ст. 384 т. X ч. 1 «Свод законов гражданских» Свода законов Российской империи относила к недвижимостям не только «земли и всякие угодья», но и «дома, заводы, фабрики, лавки, всякие строения и пустые дворовые места, а также железные дороги». Статья 32 проекта Гражданского уложения (в редакции 1910 г.) добавила к этому перечню признак *неотрывной связи с землей*, по сути тем самым создав категорию «недви-

[1] В соответствии с § 96 BGB «права, которые связаны с собственностью на земельный участок», признаются его составной частью в смысле § 93 BGB, иными словами, приобретают правовой режим недвижимой вещи. Примечательно, что и англо-американский аналог недвижимости – «реальное имущество» (real property, или realty) тоже охватывает как земельные участки и находящиеся на них строения и сооружения, так и различные права, или «титулы» на них (estates и interests).

жимости по природе». Она признавала «недвижимыми имуществами» «земли, а также строения или сооружения, неподвижно к земле прикрепленные, как то: дома, заводы, фабрики, мосты, плотины». Кроме того, среди недвижимости ст. 33 Проекта выделялись имущественные комплексы – «имения». В их состав предлагалось включить земельные участки, «сокровенные в недрах земли ископаемые, стоящие на корню деревья» (ч. 1 ст. 34) и, кроме того, «установленные в пользу имения сервитуты» (ч. 2 ст. 34), т.е. вещные права, а по существу – «недвижимости по закону».

В дореволюционной отечественной литературе отмечалось отсутствие в действовавшем тогда законодательстве единого отличительного признака недвижимости (хотя исторически это понятие было связано с поземельной собственностью[1]). Господствующим было мнение, согласно которому «движимые и недвижимые вещи различаются по тому признаку, способны ли они или нет к перемещению без повреждения сущности и без резкого уменьшения ценности»[2], что можно отнести лишь к недвижимостям по природе.

Однако оно подверглось убедительной критике В.И. Синайского, указавшего, что «при успехах современной техники в перемещении предметов указанный критерий нельзя считать вполне надежным», в связи с чем «современное право выдвигает новый критерий – понятие недвижимости как земли и всего того, что является ее составной частью»[3]. Фактически В.И. Синайский признал обоснованным лишь закрепленный передовыми для того времени германским и швейцарским гражданскими кодексами («современным правом») пандектный подход, в соответствии с которым недвижимостью следует считать только земельный участок (а в отдельных случаях – и некоторые ограниченные вещные права, т.е. «недвижимости по закону»). В целом же дореволюционное российское право оставалось на тра-

[1] Появление самого термина «недвижимое имущество» в российском праве обычно связывается с принятием Петром I в 1714 г. Указа о единонаследии, который «сгладил различие» между правовым режимом приобретенных в порядке наследования вотчин и полученных за службу поместий (см.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: Статут, 2005. С. 172).

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 169; *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М.: Статут, 2002. С. 88–89; Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов: сост. И.М. Тютрюмов. Книга вторая. М.: Статут, 2004. С. 9.

[3] *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. С. 127. Ср. также: *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 610.

диционных позициях многообразного («широкого») понимания недвижимости.

В советское время деление вещей на движимые и недвижимые было отменено в связи с переходом земли в исключительную собственность государства и невозможностью существования на нее каких-либо частных имущественных, в том числе вещных прав. Его восстановление последовало в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., в абз. 1 п. 2 ст. 4 которых к «недвижимому имуществу» были отнесены «земельные участки и все, что прочно с ними связано, как то: здания, сооружения, предприятия, иные имущественные комплексы, многолетние насаждения» (т.е. недвижимость по природе), а также закреплена возможность отнесения к нему законодательными актами и «иного имущества» («недвижимость по закону»). По существу, тем самым воспроизводились подходы проекта Гражданского уложения 1910 г. (за исключением «имений» и «полезных ископаемых», а точнее – участков недр, сохранявшихся в исключительной публичной собственности). По этому же пути последовала и первоначальная редакция п. 1 ст. 130 ГК РФ 1994 г., добавившая к недвижимостям по природе участки недр и обособленные водные объекты и назвавшая «недвижимости по закону» в виде воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания и космических объектов[1].

Но как показала дальнейшая законотворческая и правоприменительная практика, в данном случае следование правовым традициям имело в основном негативные последствия. Прежде всего круг объектов (вещей), отнесенных законом к недвижимостям, был необоснованно расширен сначала за счет включения в него по настоянию судебной практики таких неизвестных никаким иным правопорядкам «вещей» (точнее, «результатов работ»), как «объекты незавершенного строительства»[2] (определение которых само по себе потребовало

[1] Подробнее см.: *Козырь О.М.* Недвижимость в новом Гражданском кодексе России // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: сб. памяти С.А. Хохлова / отв. ред. А.Л. Маковский. С. 271 и сл. В последующем обособленные водные объекты, а также леса и многолетние насаждения были исключены из перечня недвижимых вещей как составляющие части соответствующих земельных участков (см. п. 1 ст. 9 Федерального закона от 3 июня 2006 г. № 73-ФЗ (СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2380) и п. 1 ст. 16 Федерального закона от 4 декабря 2006 г. № 201-ФЗ (СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5279). Космические объекты были исключены из числа недвижимостей по закону в связи с созданием Госкорпорации «Роскосмос» (ст. 3 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 216-ФЗ (СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). Ст. 4342).

[2] См. п. 1 ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 213-ФЗ (СЗ РФ. 2005. № 1 (часть I). Ст. 39).

уточнения[1]). Затем в него были включены отдельные составные части зданий в виде жилых и нежилых помещений[2] (чему в особенности способствовал скоротечный процесс «приватизации жилья») и, наконец, такие не менее странные объекты, как «машино-места». Последние хотя и прямо объявлены частями зданий и сооружений[3], но в действительности нередко являются «частями частей» (частями нежилых помещений – подвалов, технических этажей и т.д.)[4].

Законодательство о государственной регистрации недвижимости и особенно практика его применения оказались во многом направленными не столько на развитие имущественного оборота, сколько на достижение фискальных целей, а многочисленные споры между владельцами земельных участков и других объектов недвижимости показали ненадежность правоустанавливающих записей в Государственном реестре, которые фактически так и не стали «единственным доказательством существования зарегистрированного права» (п. 5 ст. 1 Закона о регистрации недвижимости). Поэтому судебная практика постепенно пришла к выводу о том, что государственная регистрация

[1] См. абз. 5 п. 38 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (Бюллетень ВС РФ. 2015. № 8), согласно которому для признания объекта незавершенного строительства недвижимой вещью «необходимо установить, что на нем по крайней мере полностью завершены работы по сооружению фундамента или аналогичные им работы».

[2] В континентально-европейских правопорядках особый правовой режим жилых квартир в многоквартирных домах обычно определяется специальным институтом «жилищной собственности», установленным отдельными жилищными законами, помимо кодифицированных актов гражданского законодательства.

[3] См. п. 29 ст. 1 Градостроительного кодекса РФ и п. 1 ст. 1 Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 315-ФЗ (СЗ РФ. 2016. № 27 (часть II). Ст. 4248). Указанная норма была лишь частью разработанного Министерством экономического развития РФ в 2016 г. законопроекта, предусматривавшего признание недвижимыми вещами таких частей зданий и сооружений, как «*площадки*», представляющие собой «не ограниченную либо частично ограниченную строительной или иной ограждающей конструкцией внутреннюю часть или *часть эксплуатируемой кровли здания* или сооружения, предназначенную для хранения транспортных средств или размещения торговых объектов, банкоматов, средств связи» (см.: Экспертное заключение по проекту федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части вовлечения в гражданский оборот площадок, являющихся частями здания или сооружения)» (Вестник гражданского права. 2016. № 3).

[4] Обзор мнений об этом см.: *Романовский А.А.* Концепции правового статуса машино-места по законодательству России и зарубежных стран романской и германской правовых семей // Вещные права: сб. работ выпускников Российской школы частного права, посвященный памяти А.Л. Маковского / сост. и отв. ред. О.М. Козырь, Р.В. Макин. М.: Статут, 2020. С. 259 и сл.

не является обязательным условием признания вещи недвижимой, ибо «вещь является недвижимой в силу природных свойств» (абз. 2 и 3 п. 38 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25), тем более что сама по себе «запись в ЕГРП о праве собственности отчуждателя не является бесспорным доказательством добросовестности приобретателя»[1] и вообще не является решающим аргументом в судебном споре, свидетельствуя о титуле владельца недвижимости только в совокупности с целым рядом других доказательств, будучи лишь одним из них. Тем самым гражданско-правовое значение государственной регистрации практически нивелировано, хотя закон (п. 2 ст. 8.1 и п. 1 ст. 131 ГК РФ) прямо связывает возникновение, изменение и прекращение прав на недвижимость именно и только с записью в Государственном реестре.

Таким образом, и после признания (возрождения) новым отечественным законодательством категории «недвижимость» ее единое четкое понятие пока отсутствует. Его формированию ни в коей мере не содействует непомерная избыточность законодательного перечня «объектов недвижимости по природе», содержание которого в действительности не опирается на какие-либо продуманные критерии и подходы, а следует за непредсказуемыми «изгибами» административно-экономической мысли. Между тем проблема недвижимости, несомненно, является ключевой для полноценного развития вещного права – основы гражданского оборота.

На ее удовлетворительное разрешение и направлен Законопроект о вещном праве, который в этом вопросе предлагает взвешенную компромиссную позицию. После многочисленных острых дискуссий участники рабочей группы по его созданию пришли к общему мнению о необходимости, с одной стороны, сохранить на ближайшее время закрепленное действующим законодательством широкое понятие «недвижимость по природе» (но с определенными немаловажными уточнениями), не допуская его кардинального пересмотра, влекущего существенную «перестройку» не только большого законодательного

[1] См.: абз. 2 п. 38 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (Бюллетень ВС РФ. 2010. № 7; Вестник ВАС РФ. 2010. № 6). Эта позиция тоже стала результатом постепенно складывавшейся противоречивой судебной практики (см.: *Ерохова М.А.* О колебании условий удовлетворения иска об истребовании недвижимого имущества из чужого незаконного владения в российской судебной практике // О собственности: сб. ст. к юбилею К.И. Скловского / сост. М.А. Ерохова. М.: Статут, 2015. С. 200–201).

массива, но и основанной на нем правоприменительной практики, а с другой стороны, не терять из виду перспективы и потребности развития нормального рыночного оборота, нуждающегося в ясных и продуманных «правилах игры».

Здесь очевидной стала необходимость учета современных отечественных реалий, существо которых сводится к тому, что подавляющее большинство земель находится в публичной (государственной и муниципальной) собственности, тогда как подавляющее большинство зданий и строений, напротив, находится в частной собственности. Иначе говоря, разрыв между правом собственности на земельный участок и правом собственности на находящееся на нем строение у нас является правилом, а не исключением, тогда как традиционные нормы вещного права – от понятия недвижимости до сервитутов и других ограниченных вещных прав – рассчитаны на взаимоотношения частных собственников земельных участков (недвижимых вещей).

Исходя из этого, предлагаемая Законопроектом о вещном праве новая редакция ст. 130 ГК РФ принципиально переходит на пандектное понимание недвижимости, считая ею *только земельный участок*, а расположенные на нем здания, сооружения и иные объекты рассматривает лишь в качестве его составных частей (п. 1). Вместе с тем, если здания и сооружения (строения) *не принадлежат собственнику земельного участка*, они по-прежнему признаются самостоятельными недвижимыми вещами и объектами гражданского оборота, а при переходе права собственности на них к новому собственнику переходят те права на земельный участок (вещные или обязательственные), которыми обладал прежний собственник (п. 2). Тем самым, как указано в пояснительной записке к Законопроекту, доводится до своего логического завершения уже известный отечественному праву «принцип единого объекта» (подп. 5 п. 1 ст. 1 Земельного кодекса РФ). Из этого следует, что по мере воссоединения права собственности на земельный участок и на расположенное на нем строение последнее теряет свои юридические качества самостоятельной вещи (объекта оборота), становясь составной частью другой (недвижимой) вещи – земельного участка.

Правда, в современном отечественном истолковании принцип «единого объекта» снова получил содержание, прямо противоположное классическому – в соответствии с ним не «строение следует за землей» (*superficies solo cedit*), а земля следует за строением (собственник или иной правообладатель строения либо приватизирует земельный

участок, либо получает вещный титул на него)[1]. Иными словами, преимущественное положение имеет частный собственник (правообладатель) строения, а не публичный собственник земельного участка, который при этом теряет свойства самостоятельной вещи (объекта права) и становится «составной частью» этого «единого объекта». Это уже произошло с земельным участком под многоквартирным домом, ставшем составной частью «общего имущества дома» (подп. 4 п. 1 ст. 36 Жилищного кодекса РФ). Можно, однако, надеяться на то, что начавшееся развитие правового режима недвижимости в традиционном направлении в будущем неизбежно приведет к восстановлению классических (пандектных) подходов и в этом принципиальном вопросе[2].

Для стимулирования этого процесса собственники земельных участков, на которых расположены здания и сооружения, в случае продажи последних наделяются преимущественным правом их приобретения, а собственники этих строений – соответственно преимущественным правом покупки земельных участков, на которых расположены указанные объекты (ст. 292 ГК РФ в редакции Законопроекта). Ясно, что данный процесс займет не одно десятилетие, но не менее ясна и его неизбежность по мере развития гражданского оборота, основанного на частной собственности на землю. Принципиальное значение при этом приобретает закрепленное в переходных положениях Законопроекта правило о том, что в ходе указанного процесса сохраняется прежний порядок кадастрового учета объектов недвижимости (с указанием, что строения становятся составными частями соответствующих земельных участков) и установленный законом порядок их налогообложения (п. 4 ст. 2 Законопроекта).

В качестве самостоятельных объектов недвижимости Законопроект о вещном праве сохраняет также «объекты незавершенного строи-

[1] См., например: *Бевзенко Р.С.* Введение в российское право недвижимости: вып. 2: Принцип единства судьбы прав на земельный участок и на строение на нем. М.: Статут, 2020. С. 7 и сл.

[2] Сказанное относится и к появившимся попыткам представить земельный участок как «трехмерный объем» и на этом основании включить в него соответствующий участок недр (см. особенно: Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 6). При этом очевидно упускается из виду то обстоятельство, что земельный участок как объект права является юридической, а не физической категорией (точно так же, как и сам термин «недвижимость»). С этой точки зрения его определяющей чертой является наличие государственной (кадастровой) регистрации, а не отнесение к «земной поверхности», как указано в действующем, весьма неудачном его определении, содержащемся теперь в п. 3 ст. 6 Земельного кодекса РФ, которое введено Федеральным законом от 23 июня 2014 г. № 171-ФЗ (СЗ РФ. 2014. № 26 (часть I). Ст. 3377).

тельства», хотя критерии их обособления в качестве самостоятельных вещей изменены (в соответствии с п. 2 ст. 141.10 ГК РФ в редакции Законопроекта для этого необходимо, чтобы работы по строительству соответствующего здания или сооружения были выполнены «не менее чем наполовину»), и «машино-места» (право собственности на которые п. 2 ст. 141.15 ГК РФ в редакции Законопроекта более удачно связывает с правом на общее имущество здания или помещения, в котором они расположены[1]). При этом п. 1 ст. 141.10 ГК РФ в редакции Законопроекта по общему правилу относит «объекты незавершенного строительства» к *составным частям* земельных участков, но допускает их существование и в случаях, когда «застройщик» не обладает правом собственности на земельный участок, на котором осуществляется строительство (п. 2 ст. 130 ГК РФ в редакции Законопроекта). Все это приводит к общему выводу о том, что такие объекты могут существовать в качестве самостоятельных недвижимых вещей лишь достаточно ограниченный период времени и при соблюдении ряда дополнительных условий, предусмотренных п. 2 ст. 141.10 ГК РФ в редакции Законопроекта, а «машино-места» постепенно переходят в собирательную категорию «общее имущество дома» (п. 1 ст. 290 ГК и п. 1 ст. 36 Жилищного кодекса РФ).

Сложнее обстоит дело с правовым режимом жилых и нежилых помещений, объявленных отдельными недвижимыми вещами абз. 3 п. 1 ст. 130 ГК РФ (в редакции Федерального закона от 3 июля 2016 г. № 315-ФЗ). Среди них Законопроектом выделена категория «вспомогательные помещения», предназначенные для обслуживания иных помещений или общего имущества здания (абз. 2 п. 3 ст. 130 и п. 2 ст. 141.11 ГК РФ в редакции Законопроекта). Такие помещения не признаются недвижимыми вещами и отнесены к общему имуществу здания. Однако иные жилые и нежилые помещения предлагается безоговорочно признавать самостоятельными недвижимыми вещами с момента государственной регистрации права собственности на них (абз. 1 п. 3 ст. 130 и п. 3 ст. 141.11 ГК РФ в редакции Законопроекта). Более того, при юридическом образовании (выделении) в здании отдельных жилых и нежилых помещений с момента государственной регистрации на них права собственности само здание в целом юридически прекращает свое

[1] Включение машино-мест в состав общего имущества многоквартирного дома позволяет «привязывать» их к праву собственности на жилые квартиры и препятствует их свободному обороту, в результате которого эти объекты попадают в собственность лиц, не являющихся владельцами жилых квартир (что в свою очередь снимает многие возможные конфликты и недоразумения).

существование как недвижимая вещь (п. 3 ст. 141.6 и п. 3 ст. 141.13 ГК РФ в редакции Законопроекта).

Вместе с тем в случае прекращения прав на все расположенные в здании помещения или их перехода к одному лицу («консолидация помещений») прекращаются уже сами помещения как недвижимые вещи, а на их месте образуется здание как единая недвижимая вещь (п. 2 ст. 141.6 ГК РФ в редакции Законопроекта). Следовательно, возможность существования здания в качестве самостоятельной недвижимой вещи зависит от наличия в его составе других недвижимых вещей – жилых и (или) нежилых помещений как зарегистрированных объектов права собственности. Иными словами, юридический раздел здания на части (помещения), признаваемые законом самостоятельными вещами, влечет и его юридическое прекращение как единой вещи, а их последующая консолидация влечет юридическое восстановление (воссоздание) здания в этом качестве[1].

При всей своей непривычности такой подход во всяком случае с очевидностью говорит о том, что находящиеся в здании жилые и нежилые помещения (его части) могут относиться только к категории «недвижимостей по закону». Занимаемый же таким зданием земельный участок становится частью общего имущества дома (здания) и объектом долевой собственности собственников помещений (п. 4 ст. 141.11 и п. 2 ст. 141.12 ГК РФ в редакции Законопроекта). В действительности же такая «долевая собственность» неразрывно связана с правом собственности на помещения и составляет особый правовой режим (п. 3 ст. 141.12 ГК РФ в редакции Законопроекта), *условно* именуемый «общей собственностью» (поскольку не имеет с ней почти ничего общего, кроме названия и разделения права на доли сособственников). Следовательно, сохраняются и даже расширяют сферу действия (за счет применения к нежилым помещениям и офисным зданиям) искусственные конструкции «жилищной собственности»[2].

[1] Независимо от обоснованности такого законодательного решения по существу все это вновь подтверждает юридическую, а не физическую природу категории «недвижимость».

[2] Юридически и логически безупречной является квалификация отношений постоянного пользования отдельными помещениями дома (строения) в качестве долевой собственности, в которой на долю каждого из сособственников соответствующее жилое (или нежилое) помещение выделяется на особом вещном праве, как это, например, закреплено § 2 австрийского Закона о жилищной собственности 2002 г. (*Wohnungseigentumsgesetz*). При этом объектом сделок (оборота) становится указанное вещное право и (или) доля в праве собственности на здание (строение). Аналогичный гражданско-правовой режим представляется наиболее подходящим и для «машино-мест».

Законопроект предлагает исключить из числа недвижимых вещей воздушные, морские и речные суда, составляющие «недвижимость по закону» (абз. 2 п. 1 ст. 130 ГК РФ). Особенности их гражданско-правового режима в настоящее время установлены специальным законодательством[1], а в Гражданском кодексе достаточно было бы закрепить лишь общее «резервное» правило о возможности распространения на движимые вещи режима недвижимости в случаях, прямо предусмотренных законом (п. 5 ст. 130 ГК РФ в редакции Законопроекта). Кроме того, в соответствии с Концепцией развития гражданского законодательства РФ «предприятие» также предлагается не считать единой недвижимой вещью (абз. 2 п. 1 ст. 132 ГК РФ в действующей редакции). Ведь такой юридически разнородный имущественный комплекс может выступать в качестве единой вещи только при совершении с ним гражданско-правовых сделок (например, купли-продажи, аренды или залога), т.е. в гражданском обороте, но не в состоянии принадлежности (в «статике») составляющих его движимых и недвижимых вещей, прав и обязанностей, объектов исключительных прав.

Таким образом, в случае принятия Законопроекта о вещном праве недвижимыми вещами будут признаваться земельные участки, а здания, сооружения и «объекты незавершенного строительства» – при условии их принадлежности лицам, не являющимся собственниками земельных участков, на которых расположены такие объекты. При известных условиях недвижимостью признаются и части зданий (строений) – жилые и нежилые помещения и «машино-места», которые лишь в этом случае следует считать «недвижимостями по закону» (но не «по природе»).

Следовательно, единого («пандектного») понимания недвижимой вещи в ближайшей перспективе сформировано не будет, что позволит сохранить устоявшееся в отечественной правоприменительной и хозяйственной практике «широкое» понятие недвижимости, соответствующее исторически сложившимся социально-экономическим условиям. Вместе с тем законодательно закрепляется перспективное решение, позволяющее постепенно снять многие накопившиеся в этой области противоречия и проблемы.

[1] См., например: Федеральный закон от 14 марта 2009 г. № 31-ФЗ «О государственной регистрации прав на воздушные суда и сделок с ним» (СЗ РФ. 2009. № 11. Ст. 1260), а также соответствующие правила Воздушного кодекса РФ, Кодекса торгового мореплавания РФ и Кодекса внутреннего водного транспорта РФ.

**С.В. Третьяков**

# МЕЖДУ ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ И РАСПОРЯЖЕНИЕМ ПРАВАМИ: КОНЦЕПЦИЯ СУБЪЕКТИВНОГО (ЧАСТНОГО) ПРАВА ОЙГЕНА БУХЕРА

Швейцарский цивилист и теоретик права Ойген Бухер предложил одну из самых интересных и оригинальных теоретических моделей субъективного (частного) права в современной юридической доктрине. К сожалению, эта теория не получила той известности в отечественной цивилистической доктрине, которую она заслуживает. Вероятно, имеет смысл сделать попытку восполнить этот пробел.

Теоретическая модель субъективного частного права, предложенная Бухером, разработана в русле формальных теорий, ориентированных на взгляды Августа Тона и Ганса Кельзена, обладая при этом некоторыми существенными отличиями от них.

Основу понимания Бухером субъективного частного права составляют несколько ключевых тезисов. Прежде всего Бухер обращает внимание на то, что его модель субъективного права относится к формальным моделям, т.е. таким, которые стремятся обнаружить существо субъективного права в его юридико-технических особенностях, в его формальном своеобразии[1]. Другими словами, субъективное право как понятие самостоятельно, поскольку оно представляет собой своеобразную юридическую технику регулирования, отличную от объективного права. При этом Бухер полагает, что субъективное право, будучи автономным от объективного права, все же производно от последнего. Иными словами, швейцарский цивилист исходит из юридико-позитивистского понимания права.

Объективное право, по мнению Бухера, представляет собой совокупность императивов (обязанностей и запретов), содержанием которых является необходимость определенного поведения со стороны адресата этого императива. Принципиально важным для Бухера является то, что нормы обладают «волевым содержанием» (*Willensinhalt*),

[1] *Bucher O.* Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugniss. Mohr Siebeck, 1965. S. 18, 35–40.

т.е. представляют собой некоторые факты, которые нормотворец желает достигнуть[1].

Нормы права могут быть общими или индивидуальными в зависимости от степени конкретизации обязанностей. При этом абстрактная общая норма часто обладает гипотетической структурой (имеет вид: «если а, то в»), а индивидуальные нормы тяготеют к категорической структуре (имеет вид: «а обязан сделать в»). В этом Бухер следует в русле соответствующих взглядов Кельзена, хотя и оговаривается, что значение этой дихотомии не следует переоценивать[2]. Тем не менее именно обладающие категорической «безусловной» структурой индивидуальные нормы, с точки зрения Бухера, создают конкретные обязанности (императивы) для конкретных лиц[3].

Таким образом, для того, чтобы удовлетворить одновременно всем этим условиям, категория субъективного права должна быть сама нормой права или иметь отношение к нормам. В самом общем виде Ойген Бухер определяет субъективное (частное) право в качестве полномочия создавать нормы (права) (*das Normsetzungsbefugnis*)[4]. Иными словами, субъективное право позволяет индивидуальной воле субъекта частного права создавать нормы права для иных лиц. В этом смысле структурно и содержательно субъект частного права, реализующий субъективное частное право, подобен законодателю, который принимает норму права. В таком случае субъективное (частное) право как полномочие создавать нормы производно от воли правопорядка и представляет собой делегацию полномочия (нормотворческой компетенции) от правопорядка в пользу отдельных субъектов частного права.

Таким образом, с одной стороны, Бухер сохраняет классическое пандектистское понимание субъективного права как «господства воли». С другой стороны, он вписывает это понимание феномена субъективного права в рамки юридико-позитивистской нормативной концепции права. Иными словами, субъективное право как формальное понятие должно использовать и описывать теоретические ситуации, в которых наступление или ненаступление правовых последствий (возникновение, изменение и прекращение юридических обязанностей иных субъектов частного права) зависит от воли (усмотрения) управомоченного.

[1] A. a. O. S. 44.

[2] A. a. O. S. 49–50.

[3] A. a. O. S. 49.

[4] A. a. O. S. 56.

В отличие от Тона и Кельзена, которые в своих концепциях субъективного права обнаружили весьма небольшую сферу существования таких ситуаций, Бухер трактует эти ситуации гораздо шире. У Тона и Кельзена выявлена, по существу, лишь одна ситуация, в которой индивидуальная воля создает императив (обязанность) для обязанного лица, и именно эта индивидуальная воля является правопорождающим фактором, не сводимым к воле правопорядка. Это случай защиты нарушенного или оспариваемого права путем предъявления иска. Управомоченный самостоятельно решает вопрос о том, следует ли предъявлять иск или нет в случае нарушения его права. Поскольку инициатива защиты права отнесена к сфере исключительного усмотрения (господства воли) управомоченного, то правопорядок не может *ex officio* реагировать на факт нарушения права и защищать его помимо воли самого управомоченного. По этой причине в конечном счете есть ли императив (обязанность) или нет, определяет не правопорядок, а управомоченный путем предъявления иска или отказа от его предъявления.

Безусловной заслугой Бухера является то, что он обнаружил целый ряд ситуаций, в которых дело обстоит аналогичным образом, но которые не охватывались концепциями ни Тона, ни Кельзена. Иными словами, Бухер существенно расширил сферу применения категории субъективного (частного) права в его нормативном понимании. Швейцарский правовед обратил внимание на то, что в огромном большинстве случаев реальное содержание и объем императива (юридической обязанности) определяются в частном праве не нормой права и даже не договором или иной сделкой, а в момент *осуществления* управомоченным своего права[1].

В самом деле максимальной конкретизации право и обязанность достигают в момент, когда управомоченный предъявляет обязанному требование (притязание) об исполнении обязанности. Дело в том, что управомоченный вправе самостоятельно и суверенно определить, предъявлять ли требование, т.е. осуществлять ли вообще принадлежащее ему право в отношении обязанного. Управомоченный не обязан предъявлять требование об исполнении, но вправе это сделать. Это радикальным образом отличается от положения дел в публичном праве, в рамках которого должностные лица не только вправе, но и обязаны осуществлять принадлежащие им полномочия. Это терминологически фиксируется понятием «компетенции органов и должностных лиц»,

[1] A. a. O. S. 57.

которое, по существу, означает «право–обязанность» и по этой причине редко используется в теории частного права.

Более того, управомоченный в частном праве не только вправе самостоятельно решить, предъявлять должнику требование об исполнении обязанности или нет, но и предъявить это требование в части, т.е. не в полной сумме исполнения, снизив поэтому объем исполнения по сравнению с нормативным, вытекающим из соответствующего договора. И в этом случае, как в случае отказа от предъявления требования об исполнении обязанности, конечные параметры обязанности (юридического императива) определяются суверенным решением управомоченного. Такое же положение складывается в случае, когда управомоченный откладывает момент предъявления требования по сравнению с нормативным (договорным), поскольку здесь также меняется определенный параметр юридической обязанности и изменение это происходит по усмотрению управомоченного лица. По этой причине «на основании простого существования субъективного права не возникает правил поведения» (обязанного лица)[1].

Все рассмотренные случаи объединяет одна общая черта – зависимость наступления или ненаступления правовых последствий от усмотрения частного лица, воли управомоченного субъекта. Правило поведения (обязанность) возникает (полностью конкретизируется) в момент осуществления права требовать исполнения или обращения за защитой права. Соответственно, возникает потребность в особом термине и в особой юридической конструкции, которая зафиксировала бы эту особенность частного права. Именно эту функцию и выполняет понятие субъективного (частного) права.

Соответственно, в духе указанных соображений трактуется и понятие юридической обязанности (императива), и характер юридической связи между управомоченным и обязанным лицами. Субъективное (частное) право само не представляет собой норму права, а является полномочием создавать нормы права. Поэтому коррелятом субъективного права является область потенциальных обязанностей (*der Pflichtbereich*)[2]. Потенциальными обязанности являются потому, что они требуют дополнительной конкретизации в процессе осуществления управомоченным принадлежащего ему права.

Допустим, что между кредитором и должником заключен договор. Право кредитора в терминологии Бухера представляет собой субъек-

[1] A. a. O. S. 58.

[2] A. a. O. S. 62.

тивное право требовать от должника исполнения обязательства. Это субъективное право технически представляет собой полномочие создавать для должника норму, т.е. определять параметры его юридической обязанности (требовать исполнения в любом объеме в пределах общей суммы исполнения, определять момент предъявления требования, вообще воздержаться от предъявления требования). Соответственно, поскольку окончательный вид и объем обязанности определяется только на стадии требования об исполнении, до этого момента содержание обязанности должника не достаточно конкретизировано и поэтому носит потенциальный характер. *Актуальной* обязанность становится, по мнению Бухера, только после предъявления кредитором должнику конкретного требования об исполнении. Это требование Бухер именует предъявлением притязания, а его содержание (т.е. требование, определяющее конкретные и точные параметры юридической обязанности должника) – притязанием.

Таким образом, субъективному праву как полномочию создавать нормы противостоит потенциальная обязанность, а притязанию как индивидуальной норме, определяющей точные параметры исполнения, противостоит актуальная обязанность. Потенциальная и актуальная обязанности отличаются друг от друга степенью конкретизации их содержания. На активной стороне этой правовой связи получает определенность различие между понятиями субъективного (частного) права как возможности предъявить притязание (требование) об исполнении обязанности и самим притязанием как нормой, определяющей содержание обязанности в окончательном виде.

Отсюда вытекает и еще одно существенное для понимания концепции Бухера обстоятельство, а именно его критическое отношение к редукции субъективного права к юридической обязанности. Эта тенденция имеет место в рамках концепций Тона и Кельзена, особенно последнего. У Кельзена право требования (притязание) противостоит юридической обязанности не потенциальной, а актуальной. Вслед за господствующим в пандектистике взглядом Кельзен полагал, что юридическая обязанность приобретает четкий и актуальный характер уже на стадии юридического факта (т.е. в нашем примере – после заключения договора между кредитором и должником), а не на стадии осуществления притязания (требования об исполнении обязанности). Стадии осуществления права Кельзен вообще не придавал значения. Но в таком случае в связке право – обязанность именно обязанность приобретала ключевой характер.

В самом деле, если договор, а не притязание (требование об исполнении обязанности) определяет основные параметры обязанности, роль кредитора в так понимаемом правоотношении сводится лишь к принятию исполнения от должника. Вся основная деятельность производится должником и зависит от его активности. Кредитор остается лишь пассивным реципиентом, «получателем». Но если это так, то не имеет ли смысл субъективное право кредитора описывать как рефлекс обязанности? Ведь кредитор имеет право ровно на то, что обязан сделать должник, и ни на что больше.

Заслуга Ойгена Бухера состоит в том, что он продемонстрировал логическую несводимость субъективного (частного) права к юридической обязанности, обнаружил сферу активности управомоченного, которая не может быть редуцирована к поведению обязанного лица, а представляет собой самостоятельные правовые возможности управомоченного.

Чрезвычайно убедительным выглядит и то, каким образом швейцарский цивилист зафиксировал соотношение между понятиями «субъективное право» и «притязание». Эти понятия плохо различались, и их соотношение вызывало и продолжает вызывать полемику. С точки зрения концепции Бухера субъективное право представляет собой полномочие установить норму права для должника путем предъявления требования (притязания). Притязание же является требованием определенного содержания, которое предъявляется и которое определяет параметры юридической обязанности, переводя ее из режима потенциальной в режим актуальной[1].

Эта понятийная схема дает ключ и к пониманию еще одного вопроса, который вызывает хронические дискуссии. Речь идет об отличиях юридической обязанности в объективно-правовом и субъективно-правовом смыслах. В рамках теории Кельзена и большинства других концепций эти понятия если не отождествляются, то плохо отличимы друг от друга. И действительно, если право требования не обладает самостоятельным содержанием, помимо того, что обязан сделать должник, то право можно свести к обязанности, и неясно, в чем же, собственно, состоит субъективный характер юридической обязанности? Только в том, что ее адресатом является кредитор?

Обнаружив собственное содержание права требования (притязания), которое несводимо к обязанности, Бухер одновременно решил и проблему критерия субъективного характера юридической обязан-

[1] A. a. O. S. 67.

ности. Обязанность носит субъективный характер тогда, когда ее ключевые параметры определяются волей и усмотрением кредитора, а не нормой права или даже юридическим фактом. Поэтому уже возможность (полномочие) определять параметры обязанности должника делает эту обязанность (потенциальную) субъективной, а не объективной. Там, где управомоченный не обладает возможностью по своему усмотрению осуществлять (или не осуществлять) притязание, обязанность является объективно-правовой. Это имеет место в публичном праве, где общая норма права и юридический факт, а не усмотрение выгодоприобретателя нормы определяют содержание и ключевые параметры юридической обязанности.

Притязание как содержание предъявленного требования является индивидуальной нормой права, т.е. нормой права, создающей обязанности у конкретного лица, юридическим императивом, обращенным к конкретному субъекту, а не к категории лиц, как это имеет место в случае с общей нормой права.

Вместе с тем, отметив несомненные достоинства концепции Бухера, целесообразно указать, что они имеют свою цену, которую пришлось заплатить за простоту, ясность и когерентность. Речь идет о том, что рассматриваемая логика предполагает сведение понятия субъективного права исключительно к праву на *чужое* поведение. Иными словами, и права-дозволения (права на собственное поведение фактического характера), и секундарные (преобразовательные) права не относятся к субъективным правам в техническом смысле слова. В этом отношении понимание Бухера развивается в русле концепций Тона и Кельзена.

Из этого вытекает еще одна крайне интересная особенность концепции Ойгена Бухера. Речь идет о специфической трактовке того типа субъективных (частных) прав, который традиционно в германской цивилистике именуется правами господства (*die Herrschaftsrechte*) и обычно трактуется как дозволения, предоставляющие управомоченному возможности для собственного поведения фактического (т.е. не посредством совершения сделок) характера. Самый очевидный пример прав господства – право собственности. Право собственности также теоретически можно редуцировать к совокупности притязаний, требований управомоченного ко всем иным лицам не нарушать его право. Это, по существу, и сделал Ганс Кельзен и его сторонники. Однако у Кельзена субъективный характер права собственности проявлялся в том, что управомоченный обладал усмотрением в вопросе, предъявлять ли иск против нарушителя в случае нарушения права собствен-

ности или нет, защищать ли себя от нарушения обязанности иным лицом. Без этой свободы усмотрения право собственности свелось бы к объективно-правовому запрету.

У Бухера иная концепция того, что делает объективно-правовую обязанность (в случае права собственности – запрет) субъективно-правовым. Притязание включает отнюдь не только эвентуальную возможность предъявить иск в случае нарушения. Напротив, притязание представляет собой требование к обязанному лицу, в котором только и формулируется конкретная и окончательно определенная норма поведения обязанного лица. Но если в рамках обязательственного права такая модель работает очень хорошо (там, действительно, обязанности конкретизируются нередко именно в акте требования), то применительно к абсолютным правам картина может выглядеть несколько сложнее.

Прежде всего содержание абсолютных прав определяется общей нормой права, даже не договором. Содержание права собственности, например, нельзя изменить соглашением сторон. Это связано с тем, что право собственности создает обязанности для неопределенного круга лиц, которые должны обладать информацией относительно содержания своих негативных обязанностей, должны знать, что они обязаны не нарушать. Для этого необходимо, чтобы содержание права собственности, как и остальных абсолютных прав, имело стандартный характер. Чтобы любой, кто сталкивается с чужим правом собственности, автоматически понимал, какому поведению применительно к чужому абсолютному праву он, собственно, обязан[1]. В этом видят смысл принципа numerus clausus вещного права.

Сам по себе факт того, что содержание абсолютных прав должно быть четко определено общей нормой права, еще не является фатальным для концепции Бухера. Ведь даже абсолютные права можно просто отказаться осуществлять, например, отказаться предъявлять виндикационный или негаторный иск против нарушителя права собственности. В таком случае окончательно вопрос о том, будет ли нарушитель исполнять обязанность или нет (а, следовательно, вопрос о содержании и параметрах самой этой обязанности), зависит от усмотрения и воли управомоченного. Проблема состоит в том, что, как правило, собственник и другие абсолютно-управомоченные субъекты никаких конкретных требований (помимо иска в случае нарушения)

[1] *Merrill Th.W., Smith H.E.* Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // 110 Yale Law Journal. 2001. Vol. 1.

к обязанным лицам не предъявляют, а обязанности воздержания все равно существуют в том виде, в котором их сформулировал закон, и общая норма права абстрактного характера.

Для решения этой проблемы Бухер формулирует тезис, согласно которому применительно к абсолютным правам существует *презумпция*, что абсолютно-управомоченный всегда по умолчанию требует от обязанных лиц воздерживаться от нарушения его абсолютного права[1]. Иными словами, существует презумпция того, что абсолютно-управомоченный заявил притязание ко всем иным лицам[2]. Соответственно, отличие от относительных прав составляет то, что в них притязание (требование) об исполнении обязанности должно быть фактически заявлено управомоченным и именно в этом акте предъявления требования обязанность должника приобретает окончательную форму. В случае же абсолютных прав обязанность воздерживаться от нарушений активируется не общей нормой права, а в силу того, что управомоченный *предполагается* обратившимся к иным лицам с требованием воздерживаться от нарушения его абсолютного права.

Эта конструкция выглядит странной, только если не принимать во внимание общую характеристику Бухером осуществления права (что в его системе координат равнозначно предъявлению требования) в качестве *состояния*, а не в качестве *акта*[3]. Это позволяет, в частности, уменьшить контраст между характером осуществления абсолютных и относительных прав. В самом деле, если полагать, что предъявление требования представляет собой состояние, то требования к форме его выражения вовне должны быть менее строгими, чем это имело бы место в случае с юридическими актами, прежде всего сделками. Состояние в смысле определенного складывающегося во времени положения вещей представляет собой явление фактического характера, длящийся процесс, требования к внешней форме которого не являются столь же строгими, как это характерно для юридически значимых актов. Состояние должно быть распознаваемо для третьих лиц, это, собственно, все, что требуется. Некоторые состояния принимаются по умолчанию как типичные. По этой причине состояние может вполне основываться на некоторой презумпции, что и имеет место, по мнению Бухера, применительно к абсолютным правам. Бухер полагает, что в отношении осуществления требований (при-

[1] Bucher O.A. a. O. S. 68.

[2] A. a. O. S. 69.

[3] A. a. O. S. 73.

тязаний) важен не столько момент, в который требование заявлено, сколько распознаваемость состояния осуществления права путем заявления требования к обязанным лицам.

Отсюда выводится специфическое понимание Бухером права собственности и вообще всех абсолютных прав. Они представляют собой полномочие предъявлять притязание к обязанным лицам по воздержанию от нарушений права. Эта возможность притязания предполагается выраженной по умолчанию. Иными словами, право собственности, например, отождествляется с абсолютным правоотношением, как это имеет место у Кельзена и его последователей. Однако субъективация обязанности (т.е. ответ на вопрос, почему абсолютно-правовая обязанность третьих лиц воздерживаться от нарушения права собственности не может быть просто сведена к объективно-правовому запрету) достигается не через связь с правом собственника на иск в случае нарушения, а с помощью презумпции предъявления собственником требования ко всем иным лицам не нарушать его право, *независимо от того, имелось ли нарушение в действительности или нет*. При этом, так же, как и у Кельзена, право собственности лишено собственно позитивного содержания, поскольку дозволение, право на собственное поведение в отношении объекта права собственности возникает у управомоченного как фактическое следствие запрета всем другим и отсутствие запрета собственнику.

Важной особенностью осуществления прав Бухер считает то, что они не относятся к категории юридических сделок[1]. Сделки представляют собой юридические акты, а осуществление субъективных прав рассматривается как состояние, длящееся положение дел[2]. Соответственно, юридическая сделка в большинстве случаев является дискретным фактом, однократным действием, между тем как осуществление права развивается во времени и является не дискретным, а продолжающимся. Даже если юридическая сделка совершается посредством конклюдентных действий, она все равно трактуется в качестве дискретного акта, а не длящегося состояния. Из этого следует еще и то, что юридические сделки носят, как правило, безотзывный характер: однажды совершенная сделка не может быть «отменена» по воле совершившего ее субъекта по общему правилу. Состояние осуществления права (путем предъявления притязания) как явление фактического характера может прекращаться и возобновляться по воле управомочен-

[1] A. a. O. S. 74.

[2] A. a. O. S. 75.

ного. Характерно, что согласие управомоченного на вторжение в сферу его абсолютного права также трактуется не как односторонний акт управомоченного (сделка), а как состояние, опровержение презумпции предъявления притязания не нарушать абсолютное право, которое может быть изменено управомоченным в любой момент[1].

Еще одним важным разграничением, которое вводит Бухер, является противопоставление осуществления и распоряжения субъективными (частными) правами. Осуществление субъективного (частного) права в соответствии с этой теоретической схемой представляет собой активность управомоченного в рамках существующего субъективного права, в то время как распоряжение правами предполагает изменение прав и обязанностей, их возникновение или прекращение либо перемену субъекта права. В качестве типичных примеров распорядительных действий Бухер называет прощение долга, отсрочку и рассрочку платежа, цессию права требования. Распорядительные действия представляют собой сделки, а осуществление права – состояния. Распорядительные действия изменяют субстрат (содержание, объем, субъекта) субъективного права, а осуществление права – уточняют объем и параметры юридической обязанности. Объектом распоряжения является само субъективное право, а объектом осуществления права – притязание[2].

Из этого разграничения, помимо всего прочего, следует то, что отказ от субъективного права и отказ от предъявления требования (притязания) следует, по мнению Бухера, строго различать. Отказ от субъективного права, например прощение долга, является окончательным, совершаемым одномоментно и в форме юридической сделки. Результатом отказа от субъективного права является окончательное изменение прав и обязанностей. Отказ от осуществления права (предъявления притязания) никогда не является окончательным в том смысле, что это не может быть изменено самим управомоченным. По существу, отказ от осуществления права представляет собой просто неосуществление права, состояние, которое в любой момент времени может быть изменено на противоположное.

Все это позволяет Бухеру сделать крайне интересный вывод, внеся ясность в старую проблему, которую пытались решить целые поколения цивилистов. С точки зрения Бухера, распоряжаемость в узком смысле слова как возможность передавать право не является суще-

[1] A. a. O. S. 76.

[2] Ibidem.

ственной характеристикой субъективного (частного) права[1]. Существенным, по существу *конститутивным* признаком субъективного (частного) права является свобода его осуществления со стороны управомоченного субъекта.

Эта проблема имела особое значение применительно к личным (неимущественный) правам, которые влиятельная часть цивилистов отказывалась признавать субъективными правами именно вследствие их нераспоряжаемого характера. Если же применить к этой категории дихотономию «распоряжение правом – осуществление права» в том смысле, который ему придает Бухер, то проблема оказывается решенной. Личные права также могут не быть осуществлены по усмотрению управомоченного, как и любые другие субъективные (частные) права. Отсутствие возможности распоряжаться личным неимущественный благом, которое выступает объектом такого права, не влечет невозможности рассматривать личное право в качестве субъективного (частного) права, если строго придерживаться разграничения между распоряжением права и его осуществлением. В то же время отказ от осуществления личного неимущественного права, например, в форме отказа от предъявления притязания в случае нарушения личного права вполне допустим и не является формой распоряжения правом (отказом от субъективного права). При этом управомоченное лицо может изменить свою позицию и предъявить соответствующее притязание впоследствии. Обязанное же лицо не вправе ссылаться на то, что управомоченный отказался от предъявления притязания как на основание освобождения его от обязанности, если впоследствии управомоченный все же предъявил притязание. Бухер удачно проводит аналогию между отказом от предъявления притязания и римским институтом *precarium*, который представлял собой предоставление владения и пользования чужой вещью, которое в любой момент могло быть прекращено собственником по его усмотрению[2].

Предъявление иска в случае нарушения субъективного (частного) права также рассматривается Бухером под углом зрения осуществления права. Нарушение, по мнению швейцарского цивилиста, имеет место относительно конкретного притязания, а не субъективного права вообще[3]. Исключение составляют иски о признании, объектом которых является соответствующее субъективное право, а не конкретное при-

[1] A. a. O. S. 78.

[2] A. a. O. S. 80.

[3] A. a. O. S. 81.

тязание, вытекающее из него[1]. В трактовке защиты права как формы его осуществления по усмотрению управомоченного Бухер солидаризируется с аналогичной точкой зрения Тона и Кельзена. Отличие же заключается в том, что у Тона и Кельзена предъявление иска было единственной формой «господства воли» управомоченного, которая и порождала превращение объективно-правового предписания в субъективное право. В рамках же концепции Бухера понятие осуществления права (предъявления притязания) гораздо шире и включает не только последствия нарушения права.

Понимание Бухером субъективного (частного) права как полномочия создавать нормы права, как следствие делегации компетенции правопорядком закономерно ставит вопрос о том, как соотносится феномен субъективного (частного) права с другими проявлениями делегации компетенции в частном праве. Прежде всего речь идет об автономии воли и ее наиболее ярком проявлении – свободе совершения сделок и свободе договора. Действительно, ведь полномочие (правоспособность) совершать сделки также представляет собой следствие предоставления правопорядком частным лицам соответствующей возможности, т.е., если пользоваться публично-правовым термином, делегации нормотворческой компетенции. Являются ли осуществление права, с одной стороны, и сделкоспособности как проявления автономии воли, с другой стороны, явлениями однопорядковыми?

Бухер полагает, что, несмотря на наличие значительных сходств в структуре сравниваемых феноменов, между ними существуют принципиальные различия, что не дает возможности объединить их в рамках единой категории. Основное различие между автономией воли и осуществлением субъективных (частных) прав Бухер видит в том, что в первом случае нормы создаются субъектами частного права автономно, а во втором случае – *гетерономно*[2].

Так, реализуя принцип свободы договора, стороны создают индивидуальную норму для регулирования взаимных отношений. В этом смысле права и обязанности, вытекающие из заключенного договора, являются проявлением автономии в ее собственном смысле, т.е. *самообязывания*. Автономия в ее первоначальном смысле означает способность самостоятельно создавать нормы *для себя*[3]. В отличие

[1] A. a. O. S. 82.

[2] A. a. O. S. 87.

[3] *Meder S.* Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung. 2 Aufl. Mohr Siebeck, 2009.

от этого осуществление частных прав в форме предъявления требования (притязания), по мнению Бухера, носит не автономный, а гетерономный характер. Дело в том, что предъявление притязания создает норму не для управомоченного, а для иного лица, которое становится обязанным.

Реализация принципа автономии воли и свободы договора путем заключения сделки сама по себе не создает норм в смысле теории Бухера. Нормы создаются управомоченным по соответствующему договору тогда, когда он заявляет обязанному лицу требование об исполнении, вытекающее из этого договора. Таким образом, полагает Бухер, автономия воли также имеет две стадии реализации. На первой стадии, имеющей автономный характер, заключается соответствующий договор, который создает у кредитора полномочие предъявлять к должнику требование определенного содержания. На этой стадии права и обязанности сторон не в достаточной степени конкретизированы, поскольку именно кредитор должен принять решение, будет ли он предъявлять требование об исполнении, в какой момент и в каком объеме (в пределах общего объема, предусмотренного договором) это требование будет предъявлено. На втором этапе, который носит гетерономный характер, кредитор заявляет требование, определив его параметры, и обязанность приобретает окончательный конкретный вид[1]. Кроме того, как уже отмечалось выше, принцип свободы договора реализуется путем заключения сделок, в то время как осуществление частных прав не носит, по мнению Бухера, сделочного характера. Общий вывод Бухера в этом отношении состоит в том, что при помощи сделок невозможно создать для субъектов частного права полноценных и в достаточной степени конкретизированных обязанностей; для этого требуется их окончательная конкретизация в акте предъявления притязания.

Такая постановка вопроса противоречит довольно широко распространенному в доктрине частного права мнению, согласно которому секундарные (преобразовательные) права также составляют полноценный вид субъективных (частных) прав[2]. Дело в том, что секундарные права реализуются исключительно с помощью совершения сделок[3]. Вследствие этого Бухер отрицает за феноменом секундарных (пре-

[1] A. a. O. S. 88.

[2] *Зеккель Э.* Секундарные права // Вестник гражданского права. 2007. № 2.

[3] *Третьяков С.В.* Формирование концепции секундарных прав в германской цивилистической доктрине // Там же.

образовательных) прав качество субъективного права в техническом смысле слова. С юридико-технической точки зрения субъективное (частное) право у Бухера – это всегда право типа притязания, т.е. право на чужое поведение. В то же время секундарное право по определению представляет собой право на собственное поведение управомоченного, реализуемое посредством совершения односторонних сделок.

Секундарному праву противостоит не обязанность, а связанность пассивного субъекта, поскольку юридически последний не может помешать его реализации управомоченным при помощи односторонней сделки. В отличие от этого притязанию противостоит юридическая обязанность пассивного субъекта правоотношения. И эта обязанность может быть нарушена должником. Реализуясь, секундарное право приводит к возникновению, изменению или прекращению у пассивного субъекта юридических обязанностей, но не в достаточной степени конкретизированных, ибо окончательный вид соответствующая обязанность приобретает после предъявления кредитором требования об исполнении.

Несмотря на то что у притязаний и секундарных прав существует общая черта, а именно тот факт, что и то, и другое представляют собой «господство воли», предоставляют управомоченному лицу свободу усмотрения, Бухер отказывается объединять их в рамках родового понятия. Господствующее мнение, идущее от Савиньи и Виндшайда, напротив, рассматривает секундарные права как вид субъективных (частных) прав, обладающих общим со всеми другими категориями субъективных частных прав свойством – «господством воли» управомоченного[1]. Бухер не может занять аналогичную позицию, поскольку, по его мнению, субъективные права существуют исключительно как возможности заявить требование, т.е. лишь как субъективные (частные) права в форме притязания. Что же касается секундарных прав, то они представляют собой феномен sui generis. В этом смысле концепция Бухера идет в русле теорий Тона и Кельзена, которые также отказывали секундарному праву в статусе субъективного (частного) права в техническом смысле слова[2]. Для обозначения субъективных прав в техническом смысле Бухер своеобразно использует термин «права господства» (*die Herrschaftsrechte*), под которыми он понимает все случаи, когда управомоченный в состоянии своим односторон-

[1] *Windscheid B.* Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt am Main, 1900. Bd. 1. S. 155–156.

[2] *Thon A.* A. a. O. S. 326.

ним актом создать обязанность для иного лица[1]. Правам господства и противополагаются секундарные права.

Эта терминология несколько противоречит устоявшейся в германской цивилистике трехчленной формуле: права господства/притязания/секундарные права, которая резюмирует три типа субъективных частных прав. Бухер объединяет права господства и притязания в одну категорию, потому что в рамках его концепции притязания представляют собой единственный тип субъективного права. Традиционная же точка зрения исходит из того, что права господства касаются господства над объектами, индивидуально определенными вещами, а по своей структуре соединяют дозволения (право на собственное поведение управомоченного) с обязанностью всех иных лиц воздерживаться от нарушения права. Притязания же традиционная точка зрения рассматривает в качестве права на чужое поведение. Если моделью права господства выступает право собственности и иные вещные права, то моделью притязания в рамках господствующего мнения является обязательственное правоотношение.

Такова в общих чертах концепция субъективного права швейцарского цивилиста Ойгена Бухера. На мой взгляд, рассматриваемая теоретическая модель представляет собой одно из наиболее значительных достижений континентальной цивилистической мысли XX столетия. Поэтому уместным представляется перейти к подробному анализу ее достоинств и проблем.

Важным достижением Бухера было то, что ему удалось встроить свое понимание субъективного частного права в рамки юридического позитивизма. Теоретическая фигура субъективного права старше юридического позитивизма и формировалась тогда, когда национальные правопорядки или не существовали вообще, или не обладали еще монополией на правотворчество и правоприменение. В тех условиях задача категории субъективного права заключалась как раз в ее системообразующей роли: если правопорядок невозможно описать через понятие норм, выражающих «государственную волю», как это стало характерно для условий господства юридического позитивизма, или трансцендентной воли, как это было характерно для Средневековья, то остается только описать все структуры частного права через понятие воли индивидов. В этом и состояла функция категории субъективного права.

Ситуация изменилась после национализации государствами правовых систем и формирования национальных правопорядков в «вест-

[1] *Bucher O.* A. a. O. S. 90.

фальском» смысле слова. На этом этапе развития государственная воля стала исключительным источником норм права. Соответственно, встал вопрос, как соединить этот свойственный особенно ранним версиям юридического позитивизма «государственный волюнтаризм» с тем фактом, что в частном праве именно категория субъективного права как господства индивидуальной воли в определенной сфере является системообразующей. Именно из этого парадокса родились все нигилистические теории, отрицавшие ценность категории субъективного права в условиях господства государств в правовых вопросах, – от Рудольфа Йеринга до Карла Шмитта.

Заслуга формальных теорий Тона, Кельзена и особенно Бухера состоит как раз в том, что они продемонстрировали, как категория субъективного (частного) права способна существовать в условиях правовых систем, находящихся под тотальным контролем национальных государств. Другими словами, было убедительно продемонстрировано, что категория субъективного права совместима с юридическим позитивизмом и обладает четким функционалом в рамках национальных правовых систем, даже этатизированных сверх меры.

Бухер показал, что субъективное (частное) право представляет собой *особый прием юридической техники*, для которого характерна делегация частным лицам со стороны правопорядка отдельных элементов нормотворческих полномочий. Другими словами, индивидуальная воля субъекта частного права действительно становится самостоятельным правопорождающим фактором, но в силу воли правопорядка. Поэтому юридико-позитивистский государственно- правовой волюнтаризм оказывается совместимым с естественно-правовым по генезису волюнтаризмом индивидуальным, находящем свое выражение в конструкции субъективного права.

Как уже указывалось выше, в рассматриваемом отношении Бухер идет в русле концепций своих выдающихся предшественников Августа Тона и Ганса Кельзена. Однако концепция субъективного права Бухера обладает существенными преимуществами по сравнению с предшественниками. У Бухера проявления господства индивидуальной воли не сводятся исключительно к возможности предъявить иск в материально-правовом смысле в случае нарушения права. Область господства воли намного шире и касается не только нарушенной паралогической фазы развития соответствующего правоотношения, но и его обычной регулятивной стадии. Это в большей степени соответствует традиционному для цивилистики пониманию субъективного права в первую очередь как права, обращенного к должнику, и только во вторую – как

права на защиту. Бухеру удалось вычленить и теоретически корректно описать это «автономное» измерение категории субъективного частного права.

При этом Бухер использовал довольно точный формальный язык описания, совместимый с самыми скупыми минималистскими системами юридического позитивизма. Субъективное право – это не просто «господство воли», «дозволенность воли». Субъективное право – это полномочие создавать нормы, нормотворческая компетенция в пользу частных лиц. Такое понимание субъективного права полностью совместимо и с реальностью государственных правовых систем XIX и XX вв., и с теорией делегации нормотворческой компетенции, являющейся теоретическим выражением этой реальности. Бухер обнаруживал и артикулировал эмпирические феномены, которые составляют основу нормотворческой компетенции частных лиц (понятие притязания), и дал им корректное формальное теоретическое описание.

Второй момент, на который необходимо обратить внимание в связи с оценкой достоинств концепции Бухера, заключается в универсализме его концепции субъективного частного права. Речь идет о том, что концепция описывает всю предметную область при помощи одного понятия – права на чужое поведение (притязание). Субъективное право, по Бухеру, представляет собой предъявление требования (притязания), реализацию права на чужое поведение. Достоинством такого рода концептуализации являются простота и универсальность.

Как убедительно продемонстрировал Карл Поппер, наибольшей научной ценностью обладают те научные объяснительные гипотезы, которые обладают более общим характером. Например, гипотеза вида «Все X есть A» обладает большей эпистемической ценностью, нежели гипотеза вида «Некоторые X есть A», поскольку в первой гипотезе содержится больше информации и ее легче опровергнуть[1]. Опровергнуть первую гипотезу у общего суждения легче потому, что легче найти случаи, которые ему противоречат, чем у частного суждения. По этой причине, полагает Поппер, следует стремиться к формулированию научных гипотез в форме общих суждений, и именно они обладают большей научностью.

Теория Бухера как нельзя лучше соответствует этому попперианскому критерию научности. Понятие субъективного (частного) права описывается через общее суждение, при этом в достаточной степени обладающее простотой, в соответствии с которым все субъективные

[1] *Поппер К.* Логика научного исследования. М., 2004. С. 71.

(частные) права представляют собой права на чужое поведение, притязания или права требования.

Однако дело не столько в том, что Бухер редуцировал субъективное право к притязанию. Подобные теоретические редукции встречались и до концепции Бухера, и после нее. Все дело в том, что Бухеру впервые удалось теоретически корректно совместить редукцию субъективного права к притязанию с признанием автономии и инициативы самого управомоченного, «господства» его воли как важнейшего элемента категории субъективного (частного) права. Это третий момент, касающийся достоинств теории Бухера.

В самом деле, до концепции Бухера концепции субъективного права как господства воли управомоченного существовали отдельно от формальных теорий, сводивших субъективное право к притязанию. В известной мере можно или одно, или другое, но нельзя одновременно полагать, что право регулирует исключительно чужое поведение, и утверждать, что субъективное право представляет собой господство воли управомоченного. Даже Кельзен, которой достаточно близко подошел к интеграции одного с другим, не избежал колебаний по этому поводу. Бухеру же впервые удалось продемонстрировать, что одно полностью и формально совместимо с другим.

Четвертый момент, на который следует обратить внимание, касается трактовки Бухером самого понятия притязания. Бухеру, по существу, впервые удалось не только интегрировать понятие притязания в рамки общего понятия субъективного частного права, но и доказать самостоятельность и функциональность понятия притязания. Дело в том, что понятие притязания на протяжении всей истории вызывало сомнения и подозрения в избыточности. Автору этого теоретического конструкта Виндшайду не удалось в полной мере, как представляется, доказать его отличие от понятия субъективного права. Виндшайд «перевел» римское понятие *actio* как современное понятие притязания. Там, где в римском праве была возможность предъявить *actio* при нарушении права, в современном праве возникло право требовать от должника определенного поведения не только на нарушенной, но и на донарушенной стадии развития соответствующего правоотношения. Такая трактовка вызвала проблемы, например, применительно к вещным правам, прежде всего – к праву собственности. Если сводить право собственности к притязанию, то необходимо признать, что притязание может быть обращено к неопределенному кругу лиц (право требовать от всех иных, кроме собственника, лиц воздерживаться от нарушений его права собственности), что делает притязание не-

отличимым от объективно-правового запрета нарушать чужое право собственности[1]. Не ясно, почему в данном случае приходится говорить о субъективно-правовом притязании, а не просто о наличии объективно-правового запрета в пользу собственности. Тогда одно из двух: или право собственности не исчерпывается притязанием (например, включает правомочия собственника на собственное поведение), или оно не является субъективным правом, а представляет собой объективно-правовой запрет в пользу определенного лица (собственника, выгодоприобретателя запрета). И то, и другое неприемлемо для сторонников теории притязания в виндшайдовском смысле.

Именно по этой причине Август Тон «сократил» понятие притязания до понятия эвентуального иска (права на защиту в материально-правовом смысле). Только на нарушенной стадии у абсолютного запрета появляется конкретный адресат, «должник», нарушивший абсолютно-правовой запрет. Только в этом случае понятие притязания обладает собственной функциональностью и не может быть редуцировано ни к субъективному, ни к объективному праву.

Своеобразие концепции притязания Бухера как раз и состоит в том, что ему удалось соединить в рамках непротиворечивого синтеза то, что до него считалось несоединимым. Понятие притязания используется им в виндшайдовском смысле, т.е. как требование управомоченного к обязанному, существующее в том числе и на донарушенной стадии развития правоотношения. При этом такое понятие притязания обладает несомненным субъективно-правовым содержанием, но несводимо целиком к субъективному праву, как и не сводимо к объективно-правовому запрету «против всех».

Субъективное частное право Бухер не отождествляет прямо с притязанием, а трактует его как *возможность предъявить притязание*. Таким образом, притязание основывается на субъективном праве, но не сводится полностью к нему, приобретая самостоятельный смысл. Его смысл состоит в том, что предъявление требования зависит от усмотрения управомоченного и создает для обязанного индивидуальную норму права. То, что создание нормы зависит от усмотрения управомоченного, свидетельствует о субъективно-правовом характере притязания, т.е. отличает притязание (в том числе и вытекающее из абсолютного права) от объективно-правовой обязанности или запрета. В примере с правом собственности, по Бухеру, ситуация будет выглядеть следующим образом. Притязание собственника ко всем иным лицам су-

[1] *Fezer K.-H.* Teilhabe und Verantwortung. Verlag C.H. Beck. 1986. S. 219.

ществует и до факта нарушения конкретным лицом запрета нарушать право собственности, как в конструкции Виндшайда. Но при этом притязание не растворяется в абсолютно-правовом запрете, поскольку для реализации запрета требуется активность самого управомоченного, предъявление требования не нарушать право собственности (ведь собственник может и не предъявлять требование, тогда запрет не будет реализован). А это в свою очередь четко отличает притязание собственника от положения пассивного выгодоприобретателя объективно-правового запрета.

Вышесказанное позволят выделить пятое важнейшее достоинство концепции Ойгена Бухера, которое заключается в том, что ему удалось в рамках непротиворечивой конструкции объединить представление о том, что субъективное право всегда представляет собой правомочие на чужое поведение, с традиционным «зашитом» в самом понятии субъективного права еще со времен естественно-правовой теории представления о субъективном праве как в первую очередь активности самого управомоченного. В соответствии с конструкцией Бухера субъективное право – это возможность предъявлять притязание, создавать индивидуальную норму для обязанного лица. Право – это право на чужое поведение, но активируется норма (право на чужое поведение) исключительно активностью управомоченного. Это простое и изящное решение, достойное лучших образцов мировой юридической мысли.

Наконец, шестое важнейшее достоинство концепции Бухера состоит в том, что он внес значительную ясность в сложнейший и вызывающий хронические споры вопрос о соотношении осуществления и распоряжения субъективными частными правами. Является ли, например, отказ от осуществления права формой отказа от права? Ведь по правовым последствиям (должник может не исполнять обязанность) они в целом ряде случаев не отличаются друг от друга. Или, допустим, в случае ареста имущества блокируются сами правомочия собственника или их осуществление?[1]

Бухер предложил определенный и теоретически убедительно фундированный ответ на этот вопрос. Осуществление права не является формой распоряжения им. Распоряжение меняет субстрат права (или его субъекта), а осуществление окончательно конкретизирует содержание юридической обязанности путем предъявления обязанному лицу

[1] *Akkermans B.* The Principle of Numerus Clausus in European Property Law. Intersentia. 2007. Ch. 7.

требования. Поэтому отказ от осуществления права не является формой его распоряжения, поскольку распоряжение носит окончательный характер и совершается в форме юридической сделки. А осуществление права является фактическим состоянием, носит длящийся характер и может быть в любой момент изменено управомоченным по собственному усмотрению. Эти признаки позволяют с высокой степенью точности демаркировать осуществление права и распоряжение правом на практике. Еще важнее, впрочем, другое. В основе демаркации лежит не просто очередная «точка зрения», а весьма фундированный теоретически конструкт, в котором связывается определенное понимание объективного и субъективного права, конструкция притязания и т.п. Иными словами, предлагается целостная и когерентная теория, а не просто очередная произвольная классификация.

Естественно, как и любая значительная теория, концепция Бухера не свободна от некоторых парадоксов, на рассмотрении некоторых из них представляется целесообразным остановиться. Первый проблемный момент, на который уместно обратить внимание, касается как раз разграничения осуществления права и распорядительных действий. Анализируя эту проблему, Бухер проводит четкое разграничение между автономией воли как способностью создавать права и обязанности по своему усмотрению (автономно) *для себя*, и осуществлением субъективных прав как способностью по своему усмотрению конкретизировать, *окончательно* определять обязанности *для другого лица*. Бухер настаивает на том, что автономия воли, понимаемая им как сделкоспособность, существенным образом отличается от феномена осуществления права. Автономия воли трактуется в буквальном своем значении как «самозаконный» характер создания прав и обязанностей субъектами для себя. Осуществление же субъективных частных прав гетерономно, поскольку создает обязанности для другого лица и основано на делегированном субъекту права со стороны правопорядка полномочии создавать нормы для другого.

Проблема состоит, однако, в том, что и автономия воли в этом ее понимании, как способность создавать права и обязанности для себя, также основана на делегации правопорядком соответствующих полномочий частному лицу. Автономия воли в рассматриваемом ее понимании так же, как и осуществление права (в смысле теории Бухера), создает индивидуальные нормы. Кроме того, *осуществляется* автономия воли (например, посредством совершения сделок) так же, как и осуществление права, по собственному усмотрению управомоченного.

Иными словами, автономия воли и осуществление прав в форме предъявления притязания в равной мере и гетерономны, и автономны. Гетерономны, поскольку зависят от делегирования правопорядком частным лицам полномочия создавать нормы. В случае автономии воли – путем совершения сделок, в случае же осуществления прав – в форме предъявления притязания и окончательной конкретизации соответствующей юридической обязанности. Автономны, поскольку и автономия воли, и осуществление частных прав зависят от усмотрения управомоченного субъекта.

Иначе говоря, в различии между автономией воли и осуществлением субъективных частных прав много общего в структурном отношении. Единственное видимое различие заключается в том, что реализация автономии воли, как правило, создает права и обязанности для самого управомоченного, в то время как осуществление субъективных частных прав в смысле предъявления притязания создает обязанности для другого (обязанного) лица, а не для управомоченного. Но и это различие можно оспорить, по крайней в некоторых случаях. Например, применительно к реализации свободы договора можно исходить из того, что, заключая договор, стороны создают обязанности для себя и для контрагента, т.е. для другого лица. Можно, конечно, возразить, что в данном случае это другое лицо, контрагент выразил свое согласие на возникновение у него новых прав и обязанностей. Однако формально договор создает права и обязанности для нескольких лиц, а не исключительно для одного из них.

Второе формальное различие между автономией воли и осуществлением субъективных частных прав состоит в степени конкретизации индивидуальных норм, которые возникают вследствие осуществления автономии воли, с одной стороны, и осуществления субъективного частного права, с другой стороны. Реализация автономии воли создает менее конкретную и требующую дополнительной конкретизации путем предъявления притязания индивидуальную норму (обязанность). Только осуществление права в форме предъявления притязания окончательно конкретизирует и делает исполнимой индивидуальную норму (обязанность должника).

Вопрос теперь состоит в том, в какой мере различия между автономией воли и осуществлением субъективных частных прав более значимы, чем их структурные сходства. Бухер считает, что различий больше, чем сходств. И необходимо сказать, что эти различия зафиксированы у него убедительнее и увереннее, чем у Кельзена, который колебался по этому поводу. Но с другой стороны, эти различия не так уж велики,

как может показаться. В обоих случаях речь идет о полномочии создавать нормы, т.е. буквально о *Normsetzungsbefugnis*, как определил Бухер субъективное (частное) право. Тот факт, что в одном случае обязанности индивидуальная норма носит более определенный характер, чем в другом, не меняет структурной гомогенности обоих феноменов.

Еще один аспект проблемы касается квалификации содержания осуществления права. Здесь у Бухера наблюдается определенная двусмысленность. С одной стороны, обязанность становится юридической обязанностью в техническом смысле в момент окончательной конкретизации в акте предъявления притязания, и не раньше. Если бы она конкретизировалась раньше предъявления требования, последнее нельзя было бы трактовать как *создание нормы*, в лучшем случае – как осуществление нормы. То есть предъявление притязания носит правопорождающий характер. С другой стороны, Бухер отказывается признавать, что этот правопорождающий характер аналогичен, например, совершению сделок. Он полагает, что сделки изменяют содержание, субстрат права, а осуществление – лишь конкретизирует юридический императив. Но так велика ли разница между изменением императива и его конкретизацией в смысле теории Бухера? Ведь только окончательная конкретизация в акте предъявления притязания и создает готовую обязанность. Но Бухеру важно подчеркнуть различие между двумя этими ситуациями, поскольку иначе все различие между реализацией автономии воли – сделками и осуществлением прав – состояниями, исчезает, и вновь возвращается проблема разграничения осуществления и распоряжения правами.

Вторая проблема, связанная с теорией Бухера, касается статуса категории секундарного (преобразовательного) права и его соотношения с понятием субъективного (частного) права. Здесь Бухер следует в общем русле, заложенном Августом Тоном, который отказывался признать секундарное право в качестве субъективного права в техническом смысле слова, полагая, что оно представляет собой феномен особого рода полномочий. Бухер также настаивает на том, что секундарное право не является субъективным в смысле полномочия создавать нормы путем предъявления притязания. Секундарное право, действительно, не является предъявлением притязания. Но опять-таки в структурном отношении между секундарным и субъективным правом больше сходств, чем различий. Секундарное право представляет собой возможность изменить чужие обязанности односторонним волеизъявлением управомоченного. Субъективное право в смысле концепции Бухера также представляет собой возможность изменить чужие обя-

занности (путем их конкретизации в акте предъявления притязания) односторонним волеизъявлением управомоченного. Вся разница, по мнению Бухера, в том, что в первом случае волеизъявление представляет собой (одностороннюю) сделку, а во втором – фактическое поведение (состояние). И важность подчеркивания этого различия для Бухера состоит опять-таки в необходимости четкого разграничения между осуществлением и распоряжением правами, о чем уже подробно говорилось выше. И опять-таки возникает вопрос, а так ли велики эти различия по сравнению со сходствами?

По этой причине представляется необходимым поставить вопрос о соотношении распоряжения и осуществления права еще раз. В самом деле, если полагать вслед за Бухером, что обязанность приобретает окончательный характер только в акте предъявления притязания, то логично сделать вывод, что предъявление притязания (осуществление права) само носит распорядительный характер. Ведь это именно предъявление притязания создает (изменяет, прекращает) обязанность в полноценном смысле слова. А создание (изменение, прекращение) обязанности для другого лица, вне всякого сомнения, обладает распорядительным характером. Попытка ввести терминологическое различие между конкретизацией содержания обязанности (в акте предъявления притязания) и изменением содержания обязанности (в распорядительном акте) не приводит к успеху. Ведь в соответствии с концепцией Бухера именно конкретизация содержания обязанности по-настоящему ее изменяет (создает или прекращает): управомоченный может самостоятельно определить объем обязанности в пределах общего содержания, следовательно, то, какой вид обязанность приобретет, зависит от воли предъявившего притязание управомоченного. Эту ситуацию можно совершенно без усилий описать при помощи понятия распоряжения.

По этой причине, на мой взгляд, не имеет смысла четко различать осуществление и распоряжение правами, по крайней мере с позиций теории Бухера. Осуществление права обладает несомненным распорядительным компонентом, поскольку изменяет субстрат юридической обязанности.

Наконец, еще один проблемный момент, связанный с теорией Бухера, касается трактовки абсолютных правоотношений. Бухер, как и Тон и Кельзен, конструирует субъективное право по модели обязательственного правоотношения (притязание/обязанность), а не по модели вещного права (господство над вещью), как это было принято до Виндшайда и Тона. Это создает определенные трудности для приме-

нения конструкции субъективного права как возможности предъявить притязание к абсолютным правам. Проблема состоит в общих чертах в следующем. В абсолютном правоотношении трудно обнаружить притязание, по крайней менее до факта нарушения абсолютно-правового запрета. В данном случае до факта нарушения существует запрет нарушать чужое абсолютное право. Предполагается, что управомоченный не должен фактически предъявлять обязанному лицу требование о ненарушении (притязание), чтобы «активировать» или конкретизировать абсолютный запрет. Считается, что обязанному достаточно знать, что соответствующая вещь не принадлежит ему, а следовательно, он должен воздерживаться от всякого на нее воздействия (берем право собственности как типичный пример абсолютного правоотношения). Обязанность представляется достаточно конкретизированной уже на этапе существования субъективного права, а не его осуществления, что противоречит концепции Бухера.

Кроме того, как раз для абсолютных правоотношений характерно то, что их содержание, как правило, целиком определяется нормой права[1]. Это имеет место вследствие того, что абсолютные правоотношения создают обязанности у неопределенного круга лиц (например, применительно к праву собственности – у всех несобственников). Поэтому указанный неопределенный круг лиц должен четко понимать содержание своих (негативных) обязанностей. Самый простой способ этого добиться при относительно низких транзакционных издержках – стандартизировать содержание абсолютного права путем его императивного регулирования в законе[2].

Соответственно, если юридическая обязанность регулируется исключительно общей императивной нормой права (вытекает из закона), то остается ли место для конкретизации содержания соответствующей негативной обязанности (абсолютно-правового запрета) путем предъявления притязания? Это сильный аргумент, но не решающий для концепции Бухера. Дело в том, что даже если содержание права целиком сформулировано при помощи императивных норм закона, абсолютно-управомоченный все же сохраняет определенную свободу усмотрения. Например, он вправе не реагировать на нарушение своего

[1] В последнее время этот классический тезис активно критикуется и ставится под сомнение даже применительно к германскому правопорядку, в котором он получил наибольшее выражение. См., например: *Füller J.* Eigenständiges Sachenrecht? Mohr Siebeck, 2006.

[2] *Merrill Th. W., Smith H.E.* Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle // Yale Law Journal. Vol. 110. Number 1. 2000.

абсолютного права, не предъявлять нарушителю никаких притязаний или предъявлять их в меньшем объеме, чем он имеет на то право. Поэтому и в случае абсолютных правоотношений можно сказать, что конкретный вид обязанности определяется в акте осуществления права. Просто по сравнению с относительными правоотношениями свобода усмотрения управомоченного несколько уже.

Однако остается более серьезный аргумент: традиционно считается, что субъект абсолютного права не должен предъявлять требование, чтобы «активировать», привести в действие юридическую обязанность. Юридическая обязанность вытекает уже из самого факта возникновения, а не осуществления абсолютного субъективного права. Обязанному, как уже отмечалось выше, достаточно знать, что право ему не принадлежит для того, чтобы запрет вторжения в чужое абсолютное право действовал. Абсолютно-управомоченному не нужно каждый раз уведомлять всех и каждого, что он желает реализации абсолютного запрета вторгаться. Представить себе, чтобы абсолютно-управомоченный каждый раз требовал исполнения обязанности, просто невозможно, ибо это обусловлено и огромными издержками, и тем фактом, что управомоченному противостоит неопределенный круг субъектов.

Для разрешения этой коллизии Бухер вводит понятие презумпции осуществления права в абсолютных правоотношениях. Абсолютно-управомоченному не требуется в каждом конкретном случае предъявлять требование о необходимости исполнить обязанность к каждому конкретному обязанному лицу. Достаточно презумпции, т.е. вытекающего из социальной обстановки предположения, что каждый абсолютно-управомоченный в обычных условиях желает, чтобы его абсолютное право не нарушалось иными лицами. Таким образом, обязанность предполагается конкретизированной путем презумпции в пользу притязания. Соответственно, управомоченный, если он хочет отказаться от осуществления права, может опровергнуть эту презумпцию, например, не реагируя на вторжение в принадлежащее ему абсолютное право. Обязанному же лицу достаточно понимать, что существует граница между принадлежащим ему и тем, что ему не принадлежит, и что те, кому принадлежит не принадлежащее ему, предполагаются желающими того, чтобы он не вторгался в их правовую сферу.

Обычно рассматриваемая модель презумпции считается главным недостатком всей концепции Ойгена Бухера[1]. И действительно, пре-

[1] Из новых исследований см., например: *Buchheim J.* Actio, Anspruch, subjektives Recht. Mohr Siebeck, 2017. S. 110.

зумпция в данном случае – не вполне удачный термин, поскольку речь идет о материальном праве. Но я не склонен переоценивать силу этого аргумента. Мы довольно часто делаем предположения относительно вероятности определенного рода положений вещей на основе социальных конвенций, принятых стандартов, того, какое положение дел с большей вероятностью вытекает из некоторого видимого обстоятельства. С этой точки зрения вполне оправданно считать социальной конвенцией то, что собственник предполагается требующим от всех иных лиц не вторгаться в его право собственности. В пользу такого вывода свидетельствует сама социальная практика, все то, что мы знаем о праве собственности.

Другая гораздо более убедительная линия аргументации акцентирует внимание на том, что в соответствии с господствующим пониманием обязанности предполагаются возникающими не из актов осуществления коррелирующего им субъективного частного права, а из самого соответствующего правоотношения. Взгляд, в соответствии с которым обязанность возникает (приобретает окончательную определенность) в акте осуществления права, выглядит слишком экзотичным. Но это само по себе не свидетельствует о невозможности подобной теоретической конструкции.

Поэтому, если говорить о недостатках теоретической модели субъективного (частного) права Бухера, куда большее значение с точки зрения ее критики имеют отмеченные выше парадоксы в определении соотношения между осуществлением и распоряжением правом, а вовсе не понятие презумпции осуществления права.

Таким образом, основная заслуга Бухера, как представляется, состоит в том, что предложенное им понимание субъективного (частного) права позволяет формализовать идущее от пандектистики понимание субъективного права как «господства воли», вписать его в рамки господствующей юридико-позитивистской парадигмы. Другими словами, Бухеру удалось дать убедительное теоретическое описание тех случаев, в которых правопорядок предоставляет частным лицам свободу усмотрения относительно того, наступит определенный юридический эффект или нет. Бухер трактует эти случаи одновременно как делегацию частным лицам правотворческой компетенции (в духе формальных концепций Тона и Кельзена) и как проявление «господства воли» частных лиц (в духе пандектистского понимания субъективных прав).

От формальных концепций Тона и Кельзена такая концепция отличается более широким пониманием объема делегированной нормотворческой компетенции. Бухер не ограничивает сферу про-

явления «господства воли» частных лиц лишь свободой усмотрения в защите права (право на иск в материально-правовом смысле), добавляя в эту сферу свободу осуществлять или не осуществлять юридическую возможность поведения. От пандектистского понимания субъективных прав теория Бухера отличается более узкой трактовкой понятия «господства воли». К случаям «господства воли» относятся исключительно ситуации, в которых управомоченный по своему усмотрению изменяет параметры чужой юридической обязанности, а не все случаи, когда за управомоченным закреплена определенная поведенческая возможность, которую он вправе осуществлять по собственному усмотрению.

Важнейшим теоретическим достижением Бухера стало опровержение тезиса формальной теории, согласно которому принадлежащая управомоченному по субъективному праву (особенно в правах типа притязаний) возможность требовать исполнения должником своей обязанности не имеет юридического значения. Бухер продемонстрировал, что требование о необходимости исполнить обязанность обладает правоизменяющим эффектом, поскольку с его помощью окончательно определяются основные параметры юридической обязанности.

Вместе с тем основной проблемой теории Бухера является резкое разграничение между осуществлением и распоряжением правами и отрицание распорядительного эффекта осуществления права.

# ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

**С.А. Синицын**

## НЕПРЕОДОЛИМАЯ СИЛА В ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ

В условиях современности под влиянием разноплановых факторов (масштабные военные конфликты, глобальные экологические и гуманитарные катастрофы, перманентные экономические кризисы, адресная санкционная блокада отдельных национальных экономик преимущественно в целях передела зон влияния в экономической и политической сферах, социальная нестабильность и потрясения, спровоцированные техногенными факторами, природными катаклизмами и аномалиями, неэффективностью социальных реформ при снижающемся качестве жизни населения и усиливающемся вмешательстве публичных институтов в «частные дела» участников гражданских правоотношений, отсутствием социальной нагрузки и поддержки предпринимательства и др.) дополнительного осмысления как отдельно, так и во взаимосвязи со смежными институтами обязательственного права требуют накопленные опытом теории и практики подходы к определению обстоятельств непреодолимой силы.

По мере развития и усложнения общественных отношений можно наблюдать расширение представлений о форс-мажоре: от исходных для европейского права лаконичных и вместе с тем емких характеристик влияния природных сил на обязательство до расширенных интерпретаций, включающих описание разноплановых внешних воздействий на поведение сторон обязательства, находящихся не только во внутренних правоотношениях друг с другом, но и под воздействием сил природы и общества. При обязательном исключении *culpa и mora в* поведении должника расширенное понимание непреодолимой силы изначально получило распространение с развитием *heutigen römischen*

*Rechts* в Европе и в меньшей степени следовало из источников римского права[1].

По мере усложнения регулируемых гражданским правом социально-экономических отношений и не без учета экономического интереса господствующих участников рынка представления и допустимая юридическая квалификация форс-мажора менялись и корректировались политикой права, направления которой не были полностью свободны от партикуляризма и казуистичности. Так, например, в условиях открытия возможностей и распространения железнодорожного сообщения новое понимание непреодолимой силы было предложено применительно к обсуждению вопросов ответственности железных дорог за причинение вреда здоровью и имуществу частных лиц. Прежде всего было указано на неудобства закрепившихся в практике подходов применения форс-мажора – «везде и всегда, где это только возможно». Далее было отмечено, что именно юридическая наука Нового времени сформировала из фрагментарно употребленных в источниках оговорок о *vis major* ясный и нормативно определенный термин: «...если придерживаться мысли (на которую также может навести буквальное прочтение формулировки), что непреодолимая сила представляет собой всего лишь событие, которое возникает на белом свете в сопровождении грома и молнии, то ее безусловное и ежечасное применение несет в себе опасность, которая может привести к возникновению решительной несправедливости». Однако в целях исключения ответственности железной дороги это не помешало Бэру отнести к непреодолимой силе (но не к случаю или умышленному действию третьего лица!) столкновение человека на железнодорожные пути, как и причинение вреда здоровью пассажиров, пренебрегших заградительными сооружениями и проследовавших к посадке на нужный им перрон непосредственно по железнодорожным путям[2]. Приведенные примеры наглядно демонстрируют сложность индивидуализации обстоятельств непреодолимой силы, их взаимообусловленность политикой права и вместе с этим предопределенность обстоятельствами объективной действительности. Сохраняет актуальность вопрос о допустимых критериях отнесения внешних обстоятельств к непреодолимой силе.

Нет ясности с пониманием непреодолимой силы и в общих курсах гражданского права. К. Кроме допускал отождествление случая

[1] Ср.: *Барон Ю.* Система римского гражданского права. Кн. IV. СПб., 1910. С. 84.

[2] *Bähr O.* Gesammelte Aufsätze: Juristische Abhandlungen. Leipzig, 1895. Bd. 1. S. 297–301.

в личной и деловой сферах с непредвидимыми обстоятельствами, не относящимися к сферам долга и ответственности, проявившимися как во внутренних отношениях участников сделки, так и с третьими лицами: «...обстоятельства непреодолимой силы являются особым, чрезвычайным видом непредвиденного случая, которые не поддаются человеческой силе или человеческой дальновидности». Кроме того, «обстоятельства непреодолимой силы не исчерпываются факторами внешнего воздействия (землетрясение, наводнение, вражеское или разбойничье нападение и т.п.), а могут возникать также во внутренних «индивидуальных сферах, центром которых является одна из сторон (например, внезапное помешательство сотрудника железнодорожного транспорта, гостиницы и иных предприятий)»[1]. Современной французской цивилистикой анонсированы новые подходы к пониманию непреодолимой силы в обязательстве. Прежде всего определено, что широкое понимание форс-мажора объяснимо подвижностью и изменчивостью наполнения юридических стандартов, невозможности, неотвратимости, факторов внешнего воздействия в зависимости от конкретных условий оборота. Предполагалось, что смешению форс-мажора со смежными понятиями обязательственного права, как и его произвольному применению, должна воспрепятствовать замена идентификационных критериев форс-мажора «внешний характер, непредвиденность, неотвратимость» на «неизбежность, неотвратимость и невозможность», что позволит с большей достоверностью оценить искомую и предполагаемую «нейтральность» поведения должника в каждом конкретном случае. Причины широкой интерпретации форс-мажора объяснялись тем, что его понимание и применение невозможно в отрыве от развития судебной практики и политики права – «содержание форс-мажора изменяется в зависимости от того, какие именно и чьи интересы необходимо защищать»[2].

И в современных условиях, и в ретроспективе требуется понять допустимые критерии интерпретации внешних обстоятельств как проявлений непреодолимой силы, поскольку их потенциальное разнообразие может иметь и самостоятельное значение, не будучи поглощенным значением форс-мажора, которое видится все-таки специальным. Так, например, в цитируемом сочинении Барона к непреодолимым случаям, исключающим ответственность должника, отнесены не только про-

[1] *Crome C.* System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen, 1900. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S. 494.

[2] *Antonmattei P-H.* Contribution àl'étude de la Force Majeure. Paris, 1992. P. 85, 136.

явления стихийных сил природы, но и человеческие насильственные действия (нападение пиратов, разбойников, военные походы), как и телесность, смертность всего материального. Едва ли в системе юридических фактов непреодолимая сила может быть охарактеризована одновременно и событиями, и действиями. Кроме того, при таком понимании возникают дополнительные и искусственные трудности по разграничению *clausula rebus sic stantibus* и *vis major* как самостоятельных правовых институтов. В условиях современности негативные последствия отождествления непреодолимой силы и изменения социально-экономических условий проявили себя, например, в направленности российской правоприменительной практики на установление факта изменившихся обстоятельств для разрешения вопроса о расторжении/изменении договора при обязательности предварительного доказывания форс-мажора[1].Таким неоправданным отождествлениям способствуют и выводы отдельных исследователей, отметивших относительную самостоятельность институтов непреодолимой силы и изменившихся обстоятельств в современном договорном праве[2] при достаточно определенном на этот счет подходе общего права.

Оговорки о форс-мажоре получили широкое распространение не только в обязательствах во внутреннем обороте, но и во внешнеторговых сделках. Несмотря на многовековой опыт регулирования, понимание непреодолимой силы продолжает находиться в центре обсуждений и острых дискуссий, а для передачи ее смысла и по сей день нередко используются весьма общие и многозначные формулировки, которые сами требуют толкования: *Fortuitos casus nullum humanum concilium provide repotest nec cuiproe viso potest resisti, Visdivina, Laforce quivientd'enhaut*. В аспекте преемственности и непреходящем значении правовых традиций современными исследователями предложено отождествление форс-мажора и римской *vis*[3], что не представляется в полной мере корректным вследствие различного контекста употребления терминов и несопоставимых условий социально-экономического развития правовых систем.

Как в российской, так и зарубежной теории гражданского права концепция форс-мажора отнесена к наиболее неопределенным и запу-

[1] См. *Очхаев Т.Г.* Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств. М., 2017. С. 51.

[2] *Чукреев А.А.* Доктрина фрустрации в английском договорном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 4. С. 198.

[3] См.: Römisches Privatrecht. Hrsg. W. Rügge. Zürich, 1960. S. 362.

танным: применительно и к современным источникам, и к памятникам права чаще всего описываются и обсуждаются конкретные, пусть и наиболее спорные, интересные практически значимые случаи[1], но реже – сущность и признаки форс-мажора как правового института, притом что правоприменительная практика неизбежно меняется по мере развития и усложнения социально-экономических отношений. Широкие интерпретации форс-мажора, в том числе при допущении методологической возможности обоснования таких обстоятельств чрезмерными экономическими издержками, размывают смысл и назначение непреодолимой силы в обязательстве, притом что правовой режим непреодолимой силы изначально не поглощает всех возможных в обороте изменений обстоятельств, препятствий и затруднений в исполнении обязательств (например, *hardship*), требующих самостоятельной оценки и юридической квалификации. Представляется верным, что экономическая невозможность, непрактичность и нерентабельность исполнения обязательства, как собственно и прочие затруднения исполнения субъективного порядка, исключают применение правил о форс-мажоре[2]. Впрочем, есть примеры обратного хода рассуждений. На основе обобщения и сравнения международных актов, национального законодательства, правоприменительной практики его сторонниками делаются выводы о сложности разграничения, а иногда и о возможности отождествления понятий *force majeure* и *hardship* с акцентом на чисто договорную природу положений о форс-мажоре[3].

Правовое регулирование обстоятельств непреодолимой силы не исчерпывается только предметом гражданско-правовых отношений частных лиц во внутреннем и внешнем обороте, но это одновременно не может означать единообразного применения соответствующих правил во всех сферах действия соглашений, поскольку в частном и публичном праве их режимы, содержание, цели, да и сам статус договаривающихся сторон существенно различаются.

Теории и практике международного публичного права также известны случаи освобождения от ответственности при вынужденном отступлении государства от принятых обязательств и возможность

[1] *Baron J.* Die Haftung bis zur höheren Gewalt // Archiv für die civilistische Praxis, 78. Bd., H. 2 (1892). S. 207–211, 288–289.

[2] *Brunner C.* Force Majeure and Hardship under General Contract Principles – Exemption for Non-Performance in International Arbitration. London, 2009. P. 77.

[3] См.: *Melis W.* Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration // Journal of International Arbitration1984, 1. P. 215.

корректировки их условий при изменяющихся обстоятельствах[1], хотя Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г. не устанавливает специального регулирования обстоятельств непреодолимой силы. В соотношении понимания непреодолимой силы в международном публичном и гражданском праве усматривается только общий смысл и идея, свойственные связям лиц, находящихся в договорных правоотношениях, но не механизмы и условия их реализации. Впрочем, как в национальном, так и международном праве действие правил о непреодолимой силе и изменении обстоятельств показывает недопустимость абсолютизации принципа *pacta sunt servanda* и необходимость рассмотрения договорного правоотношения в контексте развивающейся социальной реальности. В целом же возможно утверждать, что понятие форс-мажорных обстоятельств не является межотраслевым институтом, его содержание неодинаково не только в разных отраслях права, но и в различных условиях применения в каждой из них при разрешении конкретного казуса.

[1] *Dellinger M.* Rethinking Force Majeure in Public International Law // Pace Law Review. Vol. 37. Iss. 2 (2017), P. 455–506. Со времен Г. Гроция в международном публичном праве наблюдается и только расширяется перечень случаев отступления от буквы принятых международных обязательств государствами в связи с действием непреодолимой силы и изменением обстоятельств (в современных условиях – от несанкционированного временного и необходимого вторжения, в том числе задержки воздушных и морских судов, одного государства в воздушное или морское пространство другого в результате повреждений или погодных условий до исключения ответственности государств за применение ядерного оружия для защиты государством национальных интересов в чрезвычайных обстоятельствах при отсутствии в международном праве абсолютного и безусловного запрета на такое применение). Применительно к праву международных договоров государство может обусловить его действие во внутренних отношениях не только законом о ратификации, но и иными нормами национального права, что объяснимо сохранением суверенитета государства.

В ракурсе соотношения международных обязательств и национальных интересов государства – участника договора при чрезвычайном развитии международных отношений, угрозе суверенитета допускается отступление от принятых обязательств и вынужденное неисполнение принятых ими обязательств без применения санкций и иных мер международной ответственности, но и в этом случае значение чрезвычайных обстоятельств будет наполнено особым содержанием, предопределенным спецификой именно международных обязательств, не требуя аналогий с частным правом. Тем не менее заметим, что сама по себе констатация «неспособности устава ООН обеспечить безопасность государств-членов» едва ли может быть интерпретирована как основание применения силы в военных конфликтах и торговых войнах одним государством в отношении другого со ссылкой на изменение обстоятельств или действие непреодолимой силы при освобождении от международной ответственности, как то предлагается в юридической литературе (Ср.: *Connelly K.P.* Time for change: United nations charter rules on the use of force // Journal of Public Affairs. 2004. 17(1). P. 17–26).

В условиях общемировых тенденций гармонизации национального права, сближения правовых систем и, несмотря на прошедшие в основных европейских юрисдикциях реформы обязательственного права, может быть отмечено отсутствие в праве ЕС и позициях ЕСПЧ единых принципов и подходов к регулированию и применению правил о форс-мажоре, в то время как закрепление единообразных критериев на этот счет способствовало бы повышению эффективности защиты нарушенных прав и стабильности оборота, соответствуя как частным, так и публичным интересам в предпринимательской и непредпринимательских сферах развития экономических отношений[1]. Не обнаруживается их и в праве ЕАЭС.

Принципы, определения и Модельные правила европейского частного права также не придают ясности поставленному вопросу, в отдельных случаях отождествляя с форс-мажором любые внешние препятствия в исполнении обязательства, в других – сообщая о практической редкости реальных случаев форс-мажора и, наконец, применительно к конкретной сфере развития гражданских правоотношений констатируя отсутствие четкости разграничения *force majeure* и *inescapable event*[2]. Сохранение разобщенности правового регулирования в этом вопросе в национальных законодательствах едва ли положительно скажется на развитии единого экономического европейского пространства и рынка.

Потребность в единообразии и сближении правового регулирования непреодолимой силы прослеживается не только в аспекте наднациональной гармонизации европейского частного права, но и во внутренних правовых системах государств – ведущих экономических лидеров, например, в праве США в связи с полярной разобщенностью имеющихся подходов понимания и применения форс-мажора как на уровне федерации, так и отдельных штатов.

Однако сказанное не означает необходимости исчерпывающей типизации и стандартизации обстоятельств непреодолимой силы в национальном законе или международном праве. Возможно ограничиться выработкой общих принципов и критериев применения в праве ЕС, ЕАЭС. Отсутствие единства правопонимания объясняется следующим образом: и по сей день утверждение единообразного понимания кри-

[1] См.: *Lombardi R.* Force Majeure in European Union Law // International Trade and Business Law Annual, Vol. 3. P. 81–106.

[2] Principles, definitions and model rules of European private law. Articles and comments. Munich, 2009. P. 358, 815, 1447.

териев и условий форс-мажора в законе, а не только в правоприменительной практике не наблюдается вследствие сохранения особенностей национального законодательства и постоянного изменения условий оборота, которые не могут заключаться в исчерпывающие, застывшие и заведомо отстающие от жизни нормативные формулы и рамки[1].

Применительно к отдельным видам договорных обязательств положения о непреодолимой силе устанавливаются в источниках международного частного права, которые в отношениях с иностранным элементом применяются непосредственно. Так, в Конвенции ООН от 11 апреля 1980 г. «О договорах международной купли-продажи товаров» определено, что сторона не несет ответственности за невыполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было ожидать принятия во внимание этого препятствия при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий. В сравнении с российским правом нельзя не видеть развернутость формулировки обстоятельств форс-мажора. В практике международного коммерческого оборота приведенное правило применяется ко всем видам заключенных договоров с иностранным элементом, независимо от их вида и установленных соглашением сторон обязательств. Рациональность и преимущества данного определения состоят в том, что имеющие различные причины происхождения общепризнанные современными правопорядками обстоятельства непреодолимой силы исключаются ожидаемым поведением участника оборота в соотношении с предпринятыми ими разумными и осмотрительными мерами для их предотвращения.

Следует помнить, что в негосударственных сводах рекомендуемых правил поведения, стандартизированных договорных условиях (например, Международной торговой палатой – Всемирная организация бизнеса (*ICC*)) устанавливаются только примерные формы и ориентиры, включение которых в текст договора, во-первых, является добровольным, во-вторых, допускает коррекцию по усмотрению сторон, в-третьих, при наличии специального регулирования форс-мажора в применимом праве рекомендуемые условия не рассматриваются в случае их невключения в договор как обычай или упущенное сторонами договорное условие, в-четвертых, имплементированное в договор рекомендуемое условие о форс-мажоре будет рассматри-

[1] *Draetta U.* Les Clauses De Force Majeure et De Harship Dans Les Contrats Internationaux // International Business Law Journal. 2002. L.J. 347 (2002). P. 347.

ваться как особое договорное основание исключения или снижения ответственности сторон при толковании договора судом и не будет при этом обязательно квалифицироваться в значении обстоятельства непреодолимой силы, что позволяет увидеть некоторые различия в форс-мажоре и договорных условиях. Возможно обратить внимание и на то, что отдельные часто используемые в коммерческом обороте стандартизированные формы договоров (например, *FIDIC*) используют особые и трудно транспонируемые в понятиях и институтах континентального права положения (*excepted risks*, *special risks*, *frustration*), отнесение которых к договорным условиям, производным от форс-мажора, неочевидно.

Условия о форс-мажоре, положительно зарекомендовав себя в практике международной торговли, уточняются в договорной работе. В комментариях к Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА отмечается, что понятие непреодолимой силы вошло в употребление благодаря широкой распространенности в международной торговой практике, его связанности, но не идентичности с доктринами тщетности (*frustration*), невозможности исполнения (*Impossibility, Unmöglichkeit*). Главу о форс-мажоре предлагается рассматривать во взаимосвязи с главой о затруднениях[1]. Осмысление приведенной рекомендации ставит больше вопросов, чем дает ответов на них: в самом деле, что же представляют собой и каково самостоятельное значение приведенных правовых институтов в отрыве друг от друга и как найти надежные критерии правоприменения в каждом конкретном случае? Из существующих современных воззрений действительно может сложиться впечатление не о жесткой дифференциации приведенных институтов права, а об их интеграции при постулируемой подвижности граней их самостоятельности. Однако и при таком взгляде не удается заметить ожидаемых пояснений о причинах, последствиях и характере их связи, что значимо прежде всего для правоприменения и правопонимания. В связи с приведенной цитатой возникает и еще один неудобный вопрос о том, каким образом и в чем проявляется связанность институтов непреодолимой силы, невозможности исполнения, тщетности договора, если, конечно, не моделировать и не абсолютизировать абстрактное осложнение исполнения обязательства любыми обстоятельствами внешнего и внутреннего порядка. Впрочем, и в этом случае несопоставимые друг с другом факторы, препятствующие или

[1] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. А.С. Комарова. М., 2013. С. 242–245.

осложняющие исполнение, не будучи связанными друг с другом, не отвечают требованию корректности сравнения.

Подтверждение высказанных нами сомнений обнаруживается в зарубежной юридической литературе, где специально акцентировано внимание на том, что слияние *force-major* и *frustration* создает обманчивую видимость поверхностной гармонии, которая просто заглушает их глубокие разногласия, не привнося определенности[1]. Применительно к общему праву спорно представление стирания граней между непреодолимой силой и невозможностью исполнения по тому лишь основанию, что якобы в современных условиях в отличие от прежних эпох случаи принципиальной фактической невозможности исполнения практически отсутствуют[2]. Другое дело, что затраты на исполнение при непредвиденных сторонами изменениях социально-экономической реальности могут оказаться неоправданными. Разграничение непреодолимой силы и невозможности исполнения обязательства следует видеть не только в характеристиках и описании наступивших препятствий в исполнении, но также учитывать, что невозможность исполнения как самостоятельное основание прекращения обязательства предполагает наличие качеств полноты и постоянства[3].

В целом же Принципы УНИДРУА изначально были ориентированы на регулирование правоотношений сторон на всех этапах их взаимодействия, предполагая, что наступление непреодолимой силы может повлечь как невозможность, так и приостановление исполнения обязательства с освобождением должника от ответственности за просрочку[4].

По мере развития социально-экономических отношений доктрина частного права уточняла понятие и подходы к квалификации обстоятельств непреодолимой силы, но весь их смысл неизменно состоял в том, что чрезвычайное событие своей непредотвратимостью, неизбежностью и неочевидностью для участников обязательств устраняет презумпцию вины, а с ней и ответственность за неисполнение обязательства.

---

[1] *Barry N.* Force majeure and frustration // American Journal of Comparative Law. 1979. 27 (Iss. 3). P. 231, 244.

[2] *Schwenzer I.* Force majeure and Hardship in international sales contracts // Victoria University of Wellington law review. 2008. 39(4). P. 725.

[3] *Kokorin I., Weide J.* Force Majeure and unforeseen change of circumstances. The case of embargoes and currency fluctuations (Russian, German, French approaches) // Russian law journal. Vol. III (2015). Iss. 3. P. 47, 78–79.

[4] *Maskow D.* Hardship and Force Majeure // American Journal of Comparative Law 40. № 3 (Summer 1992). P. 657–670.

В теории и практике в различных комбинациях выделялись субъективные и объективные подходы к квалификации непреодолимой силы. Учитывая возможность утраты интереса к исполнению при нарушении сроков обязательства, открытым вопросом, находящимся в поле зрения и предпочтений национального права, остается определение объема и условий освобождения от лежащего на должнике бремени обязательства: исполнение обязательства или только ответственность.

Широкое понимание последствий и значения форс-мажора дано французским правом, которым признается, что непреодолимая сила имеет обеспечительную и защитную функцию для должника: «освобождающий от обязательств эффект форс-мажора может претендовать на уровень общих принципов права», означая прекращение обязательства и неприменение любых видов ответственности должника – «право нейтрализует санкцию путем запрета применения правовой нормы при наступлении форс-мажора, также форс-мажор является основанием перерыва течения сроков», но значение форс-мажора подлежит определению законодательством и судом применительно к конкретным обстоятельствам отступления от условий обязательства. Вместе с тем французскими цивилистами обосновывается, что полному и окончательному расторжению договора при наступлении форс-мажора следует предпочесть отсрочку исполнения либо уменьшение объема обязательств[1].

Французская концепция форс-мажора изначально ассоциировала непреодолимую силу со стихийными бедствиями и явлениями нечеловеческого происхождения (в английской интерпретации об этом говорит терминология – *acts of God*), но по мере развития оборота и отсутствия в практике и законодательстве универсальных шаблонов наблюдается гибкость интерпретации исходя из конкретных обстоятельств дела и условий договора.

Исследователи французского договорного права акцентируют внимание на нескольких характерных чертах квалификации обстоятельств форс-мажора. С одной стороны, французское правосознание и правоприменительная практика признали, что даже в случае войн и катастроф изменение обстоятельств и экономическая невозможность исполнения не могут подменять или быть отнесены к обстоятельствам непреодолимой силы, с другой стороны, судебная практика не демонстрирует единства логики в сформулированных подходах к пониманию

[1] *Antonmattei P-H.* Contribution àl'étude de la Force Majeure. Paris, 1992. P. 261–262; *Voirin P., Goubeaux G.* Droit civil. T. 1. Paris, 2009. P. 420.

обстоятельств непреодолимой силы. В частности, практикой одновременно признается, что невозможность исполнения договора авторского заказа в срок для целей исключения ответственности автора, вызванная стоматологической операцией, а также травма должника, причиненная третьим лицом, могут быть отнесены к форс-мажору, но неплатеж в срок вследствие инсульта должника не может быть отнесен к обстоятельствам, освобождающим должника от ответственности за просрочку уплаты страховщику страховой премии. В целом же допущенная замена в редакции нормы ст. 1148 *Code civil* «понятия внешней причины на непредвиденные обстоятельства или случай» не только повлекла за собой трудности разграничения, но и привела к отождествлению приведенных понятий и их ассоциации с форс-мажором[1].

Германское право признает, что невозможность исполнения обязательства объективно может быть как постоянной, так и временной, а это само по себе предполагает различия в установлении правом последствий наступления непреодолимой силы для «жизни» обязательства – в правовых системах современности решения на этот счет не являются единообразными[2]. В курсах обязательственного права предлагается понимание форс-мажора как непредвидимых и непреодолимых обстоятельств для конкретного должника, что является достаточным основанием освобождения от ответственности за нарушение обязательства при исключении неосторожности в его поведении и принятии им всех возможных мер для предупреждения наступления неизбежного события (*unabwendbare Ereignis*)[3]. Непреодолимая сила означает не столько неизбежность, сколько то, что наступившее событие не находится в зоне риска обязанного лица (так, пожар на корабле не отнесен к форс-мажору, поскольку это соответствует ожидаемым рискам перевозчика, но, например, возможность лучевого облучения при продолжении рейса ранее согласованным маршрутом после про-

[1] См.: *Barry N.* The French Law of Contract. Oxford, 2005. P. 202–203.

[2] См.: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Hrsg. v. *M. Schmöckel, J. Rückert, R. Zimmermann*. Tübingen, 2007. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. S. 852–871. Критерии оказались особенно подвижны в связи с наступлением пандемии *COVID-19*. Так, предлагается считать, что невозможность исполнения не только для гражданско-правовых, но и трудовых обязательств наступает, когда должник вынужден заботиться о заболевших и нуждающихся в постороннем уходе членах семьи (см.: *Müller S. Becker M.* Pandemie bedingte Leistungshindernisse in der Arbeitsrechspraxis // Covid-19 und alle Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020. S.126).

[3] *Larenz K.* Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil. München, 1979. S. 88; *Medicus D.* Schulrecht II. Besonderer Teil. München, 1995. S. 411.

изошедшей аварии на ядерной станции в районе плавания едва ли может восприниматься в этом же значении, ведь правоотношения по чартеру никак не связаны с эксплуатацией атомных объектов)[1]. Применительно к немецкому законодательству положения о непреодолимой силе являются результатом систематического толкования закона, в котором обстоятельства непреодолимой силы четко и единообразно не определены. Законодатель использует прием фрагментарного регулирования непреодолимой силы в обязательстве: период невозможности исполнения, вызванный обстоятельствами непреодолимой силы, не исключается из расчета ответственности, если непредвиденные обстоятельства наступили уже в период просрочки должника (§ 278 *BGB*), приостановление исковой давности на период форс-мажора (§ 206 *BGB*), ограничение ответственности хозяина гостиницы за утрату имущества постояльца, вызванного обстоятельствами непреодолимой силы (§ 701 *BGB*). В целом германская доктрина относит к непреодолимой силе только те события, которые «происходя из вне» не были инициированы сознательным поведением субъектов права, не могли быть преодолены разумной деятельностью человека, хотя и отмечается, что правоприменительная практика испытывает существенные трудности с определением и разграничением «исключительной заботливости» и «должной добросовестности» в оценке поведения сторон обязательства при наступлении обстоятельств непреодолимой силы. Особо обращено внимание на то, что различие между понятиями «непреодолимая сила» и «случай» приобретает преимущественно градуальное и больше терминологическое значение[2].

Смысл и значение форс-мажора определяются особым случаем освобождения должника от ответственности за неисполнение/ненадлежащее исполнение обязательства вследствие воздействия на поведение должника внешних обстоятельств преимущественно природного, но не техногенного происхождения и потому не могут рассматриваться как универсальное средство освобождения кредитора от исполнения лежащей на нем обязанности или общего основания исключения гражданско-правовой ответственности. Речь идет об экстраординарном стечении обстоятельств объективной действительности, вынужденности сторон подчинить свое поведение силам природы. В целом применение правил о форс-мажоре допустимо как исключение, притом что любая легализованная законом возможность отступления от договора

[1] См.: *Oechsler J.* Vertragliche Schuldverhältnisse. Tübingen, 2017. S. 913.

[2] См.: *Bar C.* Gemeineuropäisches Deliktsrecht. München, 1999. Bd. II. S. 334, 350–351.

в сроке, объеме, предмете исполнения, освобождении от ответственности ведет к ослаблению гарантий интересов и законных ожиданий кредитора, создавая послабления, а возможно и выгоды для должника, оправданность которых требует тщательной проверки с точки зрения принципа эквивалентности и объективности. Широкая интерпретация непреодолимой силы создает риск размывания регулятивной функции и назначения специальных средств регулирования отношений участников обязательства, дублирования институтов обязательственного права в законопроектной работе и правоприменительной практике.

Из паритета интересов должника и кредитора следует, что освобождение должника от ответственности за неисполнение обязательства вследствие наступления обстоятельств непреодолимой силы должно одновременно гарантировать кредитора в праве отказаться от договора по прекращении соответствующих обстоятельств в связи с возможной утратой интереса в исполнении обязательства.

Интересно отметить, что в российской доктрине указывалось, что невозможность исполнения обязательства как основание его прекращения должна характеризоваться фактическими обстоятельствами[1]. Возникает вопрос о допустимых характеристиках непреодолимой силы как факта и как права. Российское учение об обязательствах исходит из того, что обстоятельства непреодолимой силы включают в себя и характеризуются независимыми от сторон договора явлениями внешнего порядка, препятствующими исполнению в нормальных условиях и не находящимися в сфере контроля сторон[2]. Однако нет ясности, могут ли обстоятельства непреодолимой силы сочетать в своих характеристиках право и факт. Представляется, что на этот счет возможно дать утвердительный ответ. Надо сказать, что в юридической литературе сделаны весьма интересные наблюдения: явление форс-мажора «есть понятие перманентное и притом не техническое, а юридическое, его пределы устанавливаются правом», по своей сущности им определяются случаи исключения и ограничения ответственности должника[3].

---

[1] *Райхер В.К.* Правовые вопросы договорной дисциплины в СССР. М., 1958. С. 40.

[2] См.: *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 359–360; *Сарбаш С.В.* Элементарная догматика обязательств. М., 2016. С. 289; Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Г. Карапетова. М., 2017. С. 702.

[3] *Беляцкин С.А.* Гражданский оборот, непреодолимая сила и война // Вестник гражданского права. 1915. № 3. С. 49–50, 62; *Генкин Д.М.* К вопросу о влиянии на обязатель-

Вариации разрешения вопроса о сочетании внешних и внутренних характеристик обстоятельств форс-мажора применительно к правоотношениям сторон и воздействию окружающей среды постоянно уточняются практикой; нередко требуется соблюдение условия об исключительности или экстраординарности (*ganz ungewöhnlich*); субъективные и объективные критерии чаще всего не противопоставляются, а дополняют друг друга. Предложено считать, что в контексте правового регулирования обстоятельства форс-мажора предстают средством восполнения интересов сторон и балансировки их риска при действии общей презумпции несения ответственности за нарушение обязательств должником как обязанным лицом[1]. При этом общая идея деликтного права состоит в необходимости предвидения и предупреждения причинения вреда, действие его инструментария оправданно при исчерпании иных компенсаторных и сдерживающих механизмов в правоотношениях сторон при их нормальном развитии. Считается, что при соблюдении такого порядка должник связан обязанностью стремления к надлежащему исполнению обязательства, тогда и правила гражданско-правовой ответственности отвечают миротворческим началам – «главный герой этого сценария – ответственный контрагент, который в рамках всех доступных ему возможностей работает над созданием и предотвращением вреда и знает, что его социальная среда позаботится о нем в случае индивидуальной «катастрофы»»[2].

Несмотря на многовековую историю развития обязательств и в отрыве от конкретного казуса, непреодолимая сила остается малоопределенной в законодательстве, практике и доктрине при общем признании допущения ее различной интерпретации[3]. Именно отсутствие ясности в этом вопросе благоприятствовало предложениям об ее исключении

---

ство невозможности исполнения // Сборник статей по гражданскому и торговому праву памяти проф. Г.Ф. Шершеневича. М., 2005. С. 185.

[1] *Meder S.* Höhere Gewalt als Entlastungsgrund – ein Beispiel für die Konvergenz zweier Haftungsprinzipien // Juristen Zeitung. 20. Mai 1994. 49. Jahrg., Nr. 10 (20. Mai 1994). S. 485–492.

[2] *Rohe M.* Gründe und Grenzen deliktischer Haftung – die Ordnungsaufgaben des Deliktsrechts (einschließlich der Haftung ohne Verschulden) in rechtsvergleichender Betrachtung // Archiv für die civilistische Praxis. 2001. 201. Bd. H. 2 (2001). S. 117–164.

[3] *Пирвиц Э.Э.* Значение вины, случая и непреодолимой силы в гражданском праве. СПб., 1895. С. 107; *Пассек Е.В.* Понятие непреодолимой силы (vis major) в гражданском праве // *Е.В. Пассек.* Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве М., 2003. С. 194–195; *Яблочков Т.М.* Понятие «непреодолимой силы» в гражданском праве // Юридические записки, издаваемые Демидовским Юридическим Лицеем: вып. II–III (VIII – IX) Ярославль, 1911. С. 271.

из предмета правового регулирования[1]. Настороженность нормативного закрепления непреодолимой силы как особого основания освобождения от ответственности за нарушение обязательств усматривалась в рисках создания абстрактных, безразмерных и безусловных шаблонов ограничения ответственности, которые допустимы в исключительных и строго ограниченных случаях и применительно к отдельным видам договорных обязательств, притом что «установленный законом перечень оснований освобождения от ответственности должен быть именно конкретным перечнем важнейших препятствий к исполнению договора, а не абстрактной отсылкой к непреодолимой силе»[2]. Востребованной оказалась идея о персонификации обстоятельств непреодолимой силы применительно к конкретному обязательству, доступному и ожидаемому поведением его сторон[3].

Нельзя не обратить внимание на временно*е* действие непреодолимой силы как визуализируемого в материальном мире внешнего воздействия нечеловеческого происхождения на поведение должника. Ее эффект исключает ответственность за нарушение обязательств на период действия соответствующих обстоятельств, расширительное и всеобъемлющее толкование форс-мажора неочевидно.

Широкий диапазон интерпретации непреодолимой силы вообще и применительно к конкретному договору в особенности, вероятно, объясним вариативной множественностью рисков, которые даже самая добросовестная и разумная сторона не может в точности предвидеть на этапе заключения договора. Однако это никак не свидетельствует в пользу необходимости и целесообразности расширительного толкования непреодолимой силы в гражданском праве.

Значимыми представляются вопросы: должны ли обстоятельства непреодолимой силы действовать в отношении всех или только отдельных видов договорных обязательств? Уместность постановки вопроса видится в том, что кауза и предмет многих предпринимательских договоров уже включают модель распределения риска в договорных моделях и исполнении обязательств, а безусловное применение в их отношении правил о форс-мажоре может повлечь асимметрию и дисбаланс в соотношении прав и обязанностей сторон (например,

[1] См.: *Туманов В.А.* Понятие «непреодолимой силы» в гражданском праве // Вопросы советского гражданского права. М., 1955. С. 116.

[2] *Венедиктов А.В.* Договорная дисциплина в промышленности // *А.В. Венедиктов*. Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2004. С. 458.

[3] См.: *Иоффе О.С.* Ответственность по советскому гражданскому праву // *Иоффе О.С.* Избранные труды. Т. 1. М., 2003. С. 431.

в возмездном оказании услуг, корпоративных договорах, в алеаторных обязательствах и т.д.). В условиях стремительного развития цифровых коммуникаций и электронной торговли, а главным образом применительно к финансовым обязательствам, как и сделкам, не предполагающим материальный эффект исполнения, возникает вопрос о неочевидности применения и должных критериях применения правил о форс-мажоре. Представляется, что в обозначенных сферах цифрового оборота явления внешнего порядка не оказывают столь разрушительного воздействия на поведение участников правоотношений, как, например, на отношения сторон обязательства в материальном товарообмене, если, конечно не относить к таковым перебои с электроснабжением.

Характеристики непреодолимой силы исключают возможность контроля или управления ими сторонами договора, соответственно встает вопрос о мере разумной и должной заботливости каждого из них при исполнении обязательств. Решение даже этого вопроса не оказывается единообразным. В развитие закона практикой общего права выработано особое понимание разумного контроля (*reasonable control*): возникшие обстоятельства непреодолимой силы должны находиться вне влияния сторон, ссылка на обстоятельства непреодолимой силы не имеет правового значения, если должник мог предвидеть, предупредить или минимизировать наступление неблагоприятных последствий.

По существу обстоятельства непреодолимой силы распределяют риск в обязательстве, допуская отступления в изначально определенном договором исполнении по срокам и предмету. Обязанность стороны, ссылающейся на форс-мажор, не ограничивается уведомлением контрагента о наступивших обстоятельствах. Конкретизация обязанности стороны при ссылке на обстоятельства непреодолимой силы не определена единообразно, наблюдается широкая модуляция: от возложения доказывания отсутствия небрежности и неосмотрительности в поведении на должника[1] до наложения на него бремени предложения альтернативного исполнения[2]. В отдельных случаях потребуется опровержение того, что при распределении прав и обязанностей на этапе заключения конкретного договора стороны уже

[1] *Konarski H.* Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice // International Business Law Journal. Vol. 2003. Iss. 4 (2003). P. 409.

[2] *Wright W.-C.* Force Majeure Delays // Construction Lawyer 26. No. 4 (Fall, 2006). P. 31–34.

осуществили управление риском и действие обстоятельств непреодолимой силы не может изменить соотношение блага и бремени участников сделки.

С точки зрения юридической квалификации при определении обстоятельств непреодолимой силы важным видится не их констатация/признание, а комплексное сопоставление и проведение различий между самими возникшими чрезвычайными обстоятельствами как объективной действительностью и мерами по их преодолению и локализации вредоносных последствий, с ними связанных, в действиях сторон обязательства. То есть безотносительно к использованным в законодательстве и официальным заявлениям публичной власти терминам форс-мажором не должны считаться введенные публичной властью запреты и ограничения торговли, транспорта, социальных коммуникаций населения и обусловленное этими обстоятельствами бездействие должника без связи с условиями конкретного обязательства и выяснения обязанностей его сторон. Обязательным условием действия обстоятельств непреодолимой силы является стихийность и непредсказуемость наступления, невозможность их рассмотрения в пределах обычных предпринимательских рисков, принимаемых в расчет при должной заботливости, добросовестности и разумности среднестатистическим участником в обычных условиях гражданского оборота[1]. Соответственно, установление обстоятельств непреодолимой силы в обязательственных правоотношениях сторон предполагает либо обоюдное и безусловное признание их сторонами[2], либо доказывания и подтверждения в судебном акте в случае спора.

Юридическая квалификация принятых в доктрине критериев непреодолимой силы («непредвидимость, чрезвычайность, непредотвратимость»)[3] должна концентрироваться не на констатации явлений внешнего мира, а основываться на анализе существа конкретного правоотношения и балансе интересов его участников, требуя ком-

[1] Объективный, а не субъективный подход оценки форс-мажора реализован постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

[2] Представляется необоснованным признание возможности согласования договорных условий о непреодолимой силе по усмотрению сторон за счет расширения их оснований, установленных законом, только во внешнеторговых сделках, притом что нормы российского закона такие обстоятельства устанавливают закрытым перечнем (см.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 1. М., 2000. С. 757).

[3] *Павлодский Е.А.* Случай и непреодолимая сила в гражданском праве. М., 1978. С. 67.

плексной оценки и учета соотношения прав, обязанностей сторон. Весьма сомнительно, что как таковые меры нормативного реагирования на стихийные и независящие от людей обстоятельства природного и техногенного характера, выраженные в законодательстве и исполнительной деятельности органов государственной власти и должностных лиц, могут быть оценены как обстоятельства непреодолимой силы, не говоря уже о том, что применение к ним признаков форс-мажора выглядит по меньшей мере неопределенно. Ведь нормативно установленные ограничения едва ли могут быть оценены в значении непредвидимых, чрезвычайных и непредотвратимых событий.

Перечень обстоятельств непреодолимой силы не является исчерпывающим и дословно поименованным законом. В законодательстве определяются только общие признаки и требования к обстоятельствам непреодолимой силы, что призвано обеспечить гибкость и стабильность законодательства, его восприимчивость и адаптацию к меняющимся социально-экономическим отношениям при разрешении конкретного спора.

Несомненно и то, что и без заявлений о форс-мажоре у заинтересованной стороны сохраняется возможность приостановить исполнение обязательства, заявить требование о его прекращении или изменении по основаниям невозможности исполнения или изменившихся обстоятельств, притом что сторона договора в условиях изменения его сроков правомочна реализовать право на отказ от договора в связи с утратой интереса в получении исполнения.

Обстоятельства непреодолимой силы не применяются автоматически к действующим обязательствам сторон. Их наступление подлежит удостоверению и судебному подтверждению в установленном законодательством порядке с обязательным установлением причинно-следственной связи между наступившими и признанными правопорядком обстоятельствами непреодолимой силы и содержанием исполнения, обусловленного конкретным обязательством. Применение этого правила предполагает всестороннюю оценку имеющихся по делу обстоятельств. Как таковое несудебное свидетельство форс-мажора имеет только рекомендательное, но не правоподтверждающее и не правоустанавливающее значение.

В целом установленные законом положения о непреодолимой силе обеспечивают баланс интересов участников договора на случай наступления чрезвычайных и объективно непреодолимых, непредсказуемых и независящих от поведения сторон обстоятельств, предупреждая возможные злоупотребления, нарушение принципов эквивалентности

и справедливости, обеспечивая нравственную и социальную основу гражданского законодательства, недопустимость произвольного отказа и уклонения от исполнения обязательств, как и извлечение неосновательных выгод и преимуществ одним из участников обязательства за счет ущемления законного интереса другой стороны.

Обстоятельства непреодолимой силы представляют собой не непосредственно изолированный факт объективной действительности, пусть и характеризуемый свойствами чрезвычайности, непредвидимости, непреодолимости (война, эпидемия, стихийное бедствие и т.п.), а юридический состав, включающий установление конкретного факта и оценку его влияния на конкретное обязательство, предполагая действие обусловленного им режима воздействия на динамику исполнения конкретного обязательства. То есть само по себе обстоятельство непреодолимой силы, будучи наступившим и вредоносным, а не гипотетически возможным, является только элементом юридического состава и правового режима обстоятельств непреодолимой силы. Факта его наступления еще недостаточно для действия обусловленных и предполагаемых им правовых последствий.

Видится неслучайным, что доктрина и правоприменительная практика не ограничиваются констатацией чрезвычайного события, хотя и можно наблюдать гибкость подхода законодателя. Приведем несколько примеров. Изначально практикой был выработан подход: террористический акт не является военным действием, хотя *Acts of war* традиционно рассматривается в обороте как форс-мажор[1]. Однако в резонансном деле (*The seminal case holding that an act of terrorism did not constitute an act of war – Pan American World Airways, Inc. v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 29) основанием прекращения аренды явилось уничтожение здания третьими лицами, что в правоотношениях аренды и обязанностях арендодателя было квалифицировано судом как форс-мажор, помешавший исполнить обязательство арендодателю, но не невозможность исполнения.

[1] Отметим, что в доктрине ставилась под сомнение допустимость абсолютизации значения войны для гражданских правоотношений. М.Я. Пергамент, подразумевая необходимость всесторонней оценки обстоятельств дела в каждом конкретном случае, обратил внимание на нарочитость и недостаточность ссылок на войну в исполнении гражданских обязательств как на могучую и «благодатную» силу, действие которой автоматически «прекращает договоры, освобождает от принятых обязательств и последствий их нарушения». Применение непреодолимой силы требует меры и не является безоговорочным, а выводы судов не должны отстаивать интерес только одного контрагента в ущерб интересам другого (*Пергамент М.Я.* Война и «непреодолимая сила». Пг., 1914. С. 3, 18).

Террористическая угроза и общественные волнения после терактов 2001 г. были интерпретированы как случаи форс-мажора в пользу потребителей, потребовавших возврата оплаты купленных билетов на рейсы кругосветных путешествий, но интересы туристических компаний не были защищены и судами было отмечено, что наступившие обстоятельства и спад спроса на туристические продукты при отсутствии четких положений договорных условий не могут явиться основанием для сохранения туристической компанией полученного от потребителей либо разделения между туристической компанией и потребителем соответствующих рисков в условиях падения спроса на путешествия при сохранении функционала морского флота.

Практике известны случаи отнесения влияния экономического кризиса 2001 г. к обстоятельствам форс-мажора (*OWBR v. Clear Channel Communications, Inc.* 34). До «черного понедельника» оговорка о форс-мажоре практически не использовалась в сделках на финансовых рынках, хотя одноименные правила позиционированы как неразрывные со всеми рынками в значении принципов их организации и правового регулирования[1].

Рассмотрение обстоятельств непреодолимой силы как предмета соглашения сторон и договорных условий преимущественно характерно для общего права. В *Black's Law Dictionary* определено, что форс-мажор следует понимать как договорное условие, распределяющее риск, если исполнение становится невозможным или неосуществимым в результате события или эффекта, которого стороны не могли предвидеть или контролировать. Вместе с тем условия о непреодолимой силе изначально не находятся в зоне абсолютной автономии воли участников договора. Учитывая, что в юридической литературе было признано, что договорные положения о форс-мажоре ограничивают свободу усмотрения суда и арбитража в определении прав и обязанностей сторон при возникновении соответствующих обстоятельств[2], возникает вопрос, насколько при заключении договора стороны свободны в выборе и интерпретации условий о форс-мажоре и каковы возможности суда по применению таких договорных условий.

Направленность общего права по рассмотрению непреодолимой силы как договорного условия отражена в праве международных

[1] *Charles A-J.* Force Majeure // International Financial Law Review. Vol. 7. Iss. 5 (May, 1998). P. 36–39.

[2] См.: *Май С.К.* Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., 1953. С. 128.

коммерческих договоров. В комментариях Принципов УНИДРУА сказано, что стороны не должны быть ограничены возможностью «приспособить содержание статьи о форс-мажоре таким образом, чтобы принять во внимание особые черты отдельных сделок»[1]. Эта же мысль подтверждена признанной практикой возможностью смысловой интерпретации форс-мажора и допустимостью отступления и расширения буквального содержания согласованных сторонами договорных условий, если это вытекает из существа обязательства и предмета спора – строгость языковых формулировок, использованных в договорных условиях, не является окончательным критерием судебного подтверждения форс-мажора. Однако и в этом случае принцип свободы договора не в полной мере распространим на формулировку сторонами обстоятельств непреодолимой силы и сфер их действия, критерием проверки и оценок справедливости и обоснованности согласованных сторонами договорных условий о форс-мажоре являются представления о явной неотносимости и нереалистичнности сформулированных усмотрением сторон положений (*manifestly unreasonable*). Однако нельзя не учитывать, что в зависимости от конкретных сложившихся обстоятельств и правоотношений сторон толкование договорных условий о форс-мажоре принципиально может быть направлено как на расширение буквальных формулировок, так и на усечение и поражение юридической силы сформулированных сторонами условий о форс-мажоре, если, например, будут установлены факты злоупотреблений и недобросовестности. Тем не менее в доктрине представлено мнение, что при оценке любых договорных условий суды не правомочны «переписывать договор», а согласованные сторонами условия о форс-мажоре конкретизируют законодательство применительно к конкретным правоотношениям сторон[2], но и такая рекомендация предполагает разрешение вопроса о пределах и критериях допустимой интерпретации, как и о соответствии сформулированных договорных условий значению форс-мажора.

Приведенные рассуждения не отменяют целесообразности рассмотрения вопроса о допустимости и корректности рассмотрения непреодолимой силы как договорного условия. В самом деле, чем и каким образом должны быть урегулированы ограничения автономии воль

[1] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. А.С. Комарова. М., 2013. С. 242–245.

[2] *Katsivela M.* Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure? // Uniform Law Review. 2007. 12(1). P. 103.

договаривающихся сторон и в чем смысл одновременного установления форс-мажора в законе и договоре? Почему, к примеру, особые условия договора об изменении или освобождении от ответственности должника следует непременно рассматривать в канве форс-мажора, а не особого согласованного сторонами основания освобождения от ответственности за неисполнение обязательства? Такая возможность сама по себе делает бессмысленным рассмотрение непреодолимой силы в контексте договорных условий.

В текущих условиях сохранения реальной угрозы бактериологической войны и террористических диверсий, техногенных катастроф, мутаций животного мира, тотального распространения опасных для жизни человека инфекций не вызывает сомнений актуальность рассмотрения вопроса о пандемии как непреодолимой силе[1]. С точки зрения правовых последствий и классификации юридических фактов целесообразно разграничивать события внешнего порядка как явления объективной действительности, независящей от человека, и введенные административные меры по локализации вредоносного воздействия, обусловленного их распространением. Кроме того, уместно задаться вопросом о возможности причисления к непреодолимой силе случаев распространения инфекций вследствие мутации биоорганизмов, созданных человеком в лабораторных условиях, либо появившихся вследствие воздействия человека на природные процессы.

До распространения *COVID-19* в профессиональном обороте (например, в отношениях импортеров и экспортеров) сам по себе разгар инфекций и эпидемий не относился к обстоятельствам непреодолимой силы, освобождающим от ответственности за нарушение обязательства, а рассматривался как риск[2]. Например, применительно к инвестиционным правоотношениям, складывающимся при заключении концессионных соглашений с участием публично-правовых образований, возможность ссылки государства-реципиента на наступление на его территории обстоятельств форс-мажора (военные действия, со-

[1] Интересно, что современными исследованиями анонсируется сохранение и ведение новых режимов, призванных локализовать и предотвратить масштаб распространения опасных для жизни и здоровья людей инфекций (см.: Covid-19 und Recht. COVID-19 und alle Rechtsfragen zur Corona-Krise 2020/7), что, с одной стороны, ставит под сомнение обоснованность рассмотрения «ковидного» законодательства как ситуационного, а с другой – дает формальный повод для разрешения вопроса об уточнении перечня обстоятельств непреодолимой силы.

[2] *Baroncelli S.* Risk of Bacterial Infection Does Not Constitute Force Majeure in Export Refunds // European Journal of Risk Regulation. 2010. 1(3). S. 299.

циальные волнения и др.) в правоотношениях с частным иностранным инвестором не могла быть принята автоматически и безапелляционно, поскольку в этом случае возмещение потерь и убытков частного инвестора наталкивается на «юридический щит» и сокрытое за ним несправедливое ущемление экономических интересов инвестора, развивающего приоритетные для государства-реципиента направления и сферы экономики при фактическом неэквивалентном присвоении положительного эффекта деятельности частного инвестора публичным партнером; такой порядок сам по себе повлечет контрпродуктивный эффект в создании благоприятной, открытой предпринимательской и инвестиционной среды[1].

Подходы правовых систем современности и их правоприменительной практики не являются единообразными в разрешении вопроса о возможности отнесения пандемии и административных ограничений, с ней связанных, к форс-мажору. Мировой масштаб пандемии *COVID-19* и принятые государствами меры по его предупреждению и следующие из них ограничения социальных коммуникаций в немецкой юридической литературе рассматриваются в аспекте влияния на исполнение обязательств. Были предложены коррективы к привычным подходам понимания обстоятельств непреодолимой силы[2].

Итальянским юридическим сообществом признается, что распространение коронавирусной инфекции и принятые государством ограничительные меры по предотвращению и минимизации ее последствий должны рассматриваться в совокупности и применительно к условиям конкретного обязательства, означая форс-мажор, если по обстоятельствам дела будет установлено, что стороны не могли предвидеть и ожидать в момент заключения договора таких последствий[3]. Здесь же специально оговаривается, что обстоятельства форс-мажора требуют своего подтверждения в каждом конкретном случае и не любое закрытие производств и остановка торговой деятельности предпринимателя, мотивированные предупреждением распространения и опасениями заражения от инфекций, должны быть расценены в значении обстоятельств непреодолимой силы, поскольку каждое договорное обязательство по своему содержанию индивидуально. Особо подчер-

[1] *Zrilic J.* Armed Conflict as Force Majeure in International Investment law // Manchester Journal of International Economic Law. Vol. 16. Iss. 1 (April 2019). P. 28–56.

[2] См.: COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise. Hrsg. v. H. Schmidt. München, 2020. S. 2, 177–178.

[3] Forza maggiore e Covid-19. Rom, 2020. P.6

кивается, что обстоятельства форс-мажора не освобождают от исполнения обязательства и после их отпадения обязательство должно быть исполнено в разумный срок. Вместе с тем применительно к другим видам обязательств наблюдается и более категоричное толкование. Комментаторами отмечается, что эпидемия коронавируса, безусловно, является причиной форс-мажорных обстоятельств, которые оправдывают неисполнение обязательства полностью или в части. Фактически из комбинированного прочтения ст. 1218 и 1256 Гражданского кодекса Италии делается вывод о том, что невозможность исполнения является причиной освобождения должника от договорной ответственности. Применительно к отдельным видам обязательств законодательством уже внесены уточнения в отношении прекращения обязательств (п. 9 ст. 28 Декрета от 2 марта 2020 г.): «...в соответствии со статьей 1463 Гражданского кодекса и для целей этой статьи возникает невозможность исполнения по договорам о воздушных, железнодорожных, морских перевозках». Таким образом, это правило предусматривает возмещение стоимости уже купленных билетов, а в отношении платы за обучение аналогичных мер пока не принято[1].

Подход французской юриспруденции оказывается значительно сдержаннее. Накопленный французским правосудием опыт показывает негативные перспективы отнесения последствий и распространения инфекционных заболеваний к форс-мажору. Как следует из закона и подтверждено правоприменительной практикой, форс-мажор сочетает характеристику следующих накопительных элементов: чрезвычайное событие не должно зависеть от должника и быть предвидимо при заключении договора; наступления обстоятельств форс-мажора было невозможно избежать; обстоятельства форс-мажора должны препятствовать должнику в исполнении именно его обязательства. Для французских юристов несомненно, что правила о форс-мажоре применимы к контрактам, заключенным до даты первого известного заболевания, но остается непонятным, как следует идентифицировать относимые по этому признаку все другие контракты: с момента объявления пандемии ВОЗ, с момента вспышки распространения заболевания в Китае или его проникновения в страны Евросоюза или уже только во Франции. Далее потребуется установить связь распространения заболевания с существом каждого конкретного обязательства. Следовательно, определение пандемии *COVID-19* не будет автомати-

[1] https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-ii/capo-xiv/sezione-ii/art1463.html#commento25228

ческим, оценка требуется в каждом конкретном случае в зависимости от обстоятельств дела.

Обратимся к материалам правоприменительной практики. Простого наличия эпидемии или вируса недостаточно для того, чтобы применить правила о форс-мажоре. Французской правоприменительной практикой подтверждено, что эпидемия, вызванная вирусом Эбола, не является форс-мажорным обстоятельством, поскольку причинно-следственная связь между вирусом и снижением активности компании не была очевидной[1]. Решение было идентичным, когда должник не мог продемонстрировать, как эпидемия Чикунгуньи на острове Реюньон была такой, что помешала ему сдать в аренду свою квартиру в течение шести месяцев, предоставленных для получения налоговых льгот[2]. По поводу оценки критерия неотвратимости вируса Чикунгунья апелляционный суд Бас-Тера подчеркнул, что «несмотря на его характеристики (боль в суставах, лихорадка, головная боль, усталость и т.д.), распространенность в Вест-Индии и особенно на острове Сен-Бартелеми в течение 2013–2014 годов это событие не включает в себя характеристики форс-мажорных обстоятельств по смыслу ФГК». Действительно, эту эпидемию нельзя рассматривать как имеющую непредсказуемый и особенно неотвратимый характер, поскольку во всех случаях это заболевание, купируемое анальгетиками, как правило, преодолимо (респонденты не сообщали о какой-либо конкретной медицинской нестабильности)[3] и не может рассматриваться как основание, исключающее ответственность отеля за неисполнение обязательств по гостиничному обслуживанию. Аналогичные подходы во французском правосудии складывались в условиях распространения Эболы и птичьего гриппа. Суды исключили форс-мажорные обстоятельства, когда вирус Эбола оказал воздействие на неисполнение обязательств[4]. При рассмотрении споров по организации зрелищных мероприятий суды хотя и признали, что распространение птичьего гриппа нарушило свободу перемещения животных, но все-таки не могло быть рассмотрено как непреодолимое и непредотвратимое обстоятельство при исполнении обязательств договорившихся сторон[5]. Форс-мажор также был исключен из-за наличия эпидемии Денге. Судьи сочли, что она

[1] См.: CA Paris. 17 Mars 2016. RG 15/04263.

[2] См.: CAA Douai, n°15 DA 01345, 28 Janvier 2016.

[3] CA Basse-Terre. 17 Décembre 2018. RG 17/00739.

[4] CA Paris. 29 Mars 2016. RG 15/05607.

[5] CA Besançon. 8 Janvier 2014. RG 12/02291.

носит периодический характер и поэтому предсказуема[1]. То же самое относится и к вирусу *H1N1*, о котором было широко объявлено еще до его квалификации здравоохранением[2].

Таким образом, французская правоприменительная практика имеет тенденцию строго и комплексно оценивать события, которые могут представлять собой форс-мажорные обстоятельства, в том числе и с учетом сделанных сторонами в договоре оговорок о форс-мажоре. Однако возникает вопрос о корректности применения накопленных судами правоприменительных позиций по инфекционным эпидемиям, поскольку рост *COVID-19* по экспоненте и волнами сопровождается не только мировым масштабом и стремительностью распространения при неясности медицинских средств профилактики и лечения, но и беспрецедентной смертностью населения, а также принятыми государствами чрезвычайными мерами по ограничению активности населения в социальной и экономической деятельности. Можно предположить, что как только вирус *COVID-19* станет известным, эндемичным и несмертельным, форс-мажорные обстоятельства не будут применяться. В контексте нынешнего кризиса в области здравоохранения возможно и иное решение, поскольку налицо отсутствие терапии коронавируса, ясности последствий вакцинации, его массовая летальность, что дает основания для применения форс-мажора. Эта квалификация, однако, может быть поставлена под сомнение, когда будут представлены эффективные средства и методики лечения.

Российской правоприменительной практикой занята гибкая и в то же время малоопределенная позиция (п. 7 Обзора по отдельным вопросам судебной практики, связанных с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (*COVID-19*) № 1, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 21 апреля 2020 г.). Разъяснения высшей судебной инстанции исходят из того, что, во-первых, признание распространения новой коронавирусной инфекции обстоятельством непреодолимой силы не может быть универсальным для всех категорий должников независимо от типа их деятельности и условий ее осуществления, в том числе региона – места хозяйственной деятельности организации, требует оценки конкретного обязательства и поведения его участников. Во-вторых, в зависимости от существа конкретного обязательства принципиально допускает-

[1] CA Nancy. 22 November 2010. RG 09/00003.

[2] CA Besançon. 8 January 2014. RG 12/02291.

ся возможность отнесения к обстоятельствам непреодолимой силы двух различных фактов, имеющих не всегда одинаковое юридическое значение – распространение коронавирусной инфекции и рост числа заболевших, и вводимые властями ограничения экономической деятельности, направленные на предупреждение дальнейшего распространения этой опасной для жизни и здоровья человека инфекции. В-третьих, высшей судебной инстанцией допущено исключение, трудно сопоставимое с положениями действующего закона (ст. 401 ГК РФ), – отсутствие у должника необходимых денежных средств может рассматриваться как достаточное основание для освобождения от ответственности, если таковое «вызвано установленными ограничительными мерами, в частности запретом определенной деятельности, установлением режима самоизоляции и т.п.».

Применительно к правоотношениям сторон излагаемый подход препятствует рассмотрению задекларированных в законодательстве, исполнительной деятельности органов государственной власти и должностных лиц конкретных обстоятельств действительности и мер реагирования на них как заранее признанного и не нуждающегося в установлении форс-мажора безотносительно к существу конкретного обязательства. Соответственно, при рассмотрении спора должника и кредитора голых ссылок на общую норму закона, заявления официальных властей в подтверждение обстоятельств непреодолимой силы едва ли может быть достаточно[1].

[1] В экстраординарных условиях шествия по планете опасной для жизни людей инфекции *COVID-19* и применительно к российскому праву возможно привести следующие примеры. В официальном заявлении Председателя Правительства РФ М. Мишустина от 1 апреля 2020 г. было подтверждено, что меры по противодействию распространению коронавируса могут рассматриваться как форс-мажор по договорам аренды. Согласно разъяснениям Министерства экономического развития РФ об обстоятельстве непреодолимой силы свидетельствует не сама эпидемия коронавируса, а ограничительные или другие меры, предпринимаемые властями на территории России для противодействия распространению пандемии, из-за которых исполнение контракта российской компанией становится невозможным. В актах федеральных органов исполнительной власти пандемия коронавирусной инфекции (*COVID-19*) рассматривается как обстоятельство непреодолимой силы. В Письме ФАС России от 18 марта 2020 г. № ИА/21684/20 сообщается, что сложившаяся ситуация является обстоятельством непреодолимой силы, в связи с чем территориальным органам ФАС России необходимо учитывать данную позицию при рассмотрении жалоб, дел об административных правонарушениях, обращений о включении в реестр недобросовестных поставщиков, проведении проверок. В Письме Минфина России, МЧС России и ФАС России от 3 апреля 2020 г. № 24-06-05/26578, 219-АГ-70, МЕ/28039/20 «О позиции Минфина России, МЧС России, ФАС России об осуществлении закупок товара, работы, услуги для обеспечения государственных и муниципальных нужд в связи с распространением новой

В целом последствия введения государством комплекса подготовительных и предупредительных мер по распространению опасных вирусных инфекций сохраняют за участниками гражданского оборота широкие возможности по приостановлению обязательств и обращению с требованиями о расторжении или изменении договора в связи с существенными изменениями обстоятельств. В любом случае актуальным вопросом следует считать определение срока соответствующего будущего исполнения при отпадении обстоятельств форс-мажора.

Вместе с тем нормативное установление пандемии и принятых в связи с ней мер государством не в полной мере адаптировано к действующему регулированию форс-мажора, предусмотренному ГК РФ, поскольку, отнесение принятых мер повышенной готовности:

– во-первых, вводится административным актом, имеющим пределы своего действия, и не может применяться к правоотношениям сторон договора как частным лицам непосредственно. При рассмотрении конкретного дела суд не обязан рассматривать соответствующие обстоятельства как форс-мажор без проверки и привязки к действительным правоотношениям спорящих сторон;

– во-вторых, автоматическое применение в судебной практике норм о непреодолимой силе в их интерпретации административным актом регионального значения может явиться дестабилизирующим фактором для участников обязательственных правоотношений при постулируемом законом их равенстве (например, арендатор будет освобожден от ответственности за просрочку исполнения обязательств по внесению арендной платы в силу форс-мажора, а обязанность несения бремени и риска гибели собственности, включая уплату обязательных платежей и содержание самого объекта аренды, у арендодателя сохранится в полном объеме; также просрочка поставки экспортируемого товара будет основанием для освобождения от ответственности поставщика, но это едва ли скажется на правоотношениях покупателя

коронавирусной инфекции, вызванной 2019-nCoV» признается, что распространение новой коронавирусной инфекции, вызванной 2019-nCoV, по мнению Минфина России, МЧС России, ФАС России носит чрезвычайный и непредотвратимый характер, в связи с чем является обстоятельством непреодолимой силы. В актах субъектов Российской Федерации (п. 1.6 Указа мэра Москвы от 14 марта 2020 г. № 20-УМ «О внесении изменений в Указ мэра Москвы от 5 марта 2020 г. № 12-УМ») установлено, что распространение новой коронавирусной инфекции (2019-nCoV), является чрезвычайным и непредотвратимым обстоятельством непреодолимой силы, повлекшим введение режима повышенной готовности в соответствии с Федеральным законом от 21 декабря 1994 г. № 68-ФЗ «О защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера».

с его контрагентами в цепочке сделок; само по себе закрытие торгового центра по требованию органов муниципальной власти в условиях пандемии едва ли может считаться форс-мажором по заявлению арендатора помещения, поскольку в его силах было заявить о приостановлении исполнения обязательства по уплате арендной платы в связи с невозможностью осуществления прав по аренде и т.д.).

Приведенные новеллы в регулировании обстоятельств непреодолимой силы получили развитие в законодательных инициативах ФОИВов, которыми предложено отнести порядок организации деятельности органов управления и сил единой государственной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и основных мероприятий, проводимых органами публичной власти в зависимости от режима деятельности, к обстоятельствам непреодолимой силы. Не повторяя сказанное, хотелось бы обратить внимание на то, что непреодолимая сила и чрезвычайные ситуации подчинены различным правовым режимам частного и публичного права, имеют и устанавливают различные цели и последствия в правовом регулировании. Достаточно сказать, что действие на обязательство обстоятельств непреодолимой силы необходимо доказывать в каждом конкретном случае во взаимосвязи с частными интересами участников обязательства и его содержанием, в то время как режимы чрезвычайных ситуаций имеют общее обязательное значение и распространяются на всех лиц без исключения на территории, где соответствующие ограничения вводятся административным актом.

**А.Х. Ульбашев**

# СУЩНОСТЬ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Цивилистическое учение о личных правах является одним из наименее разработанных в отечественной науке гражданского права. Многолетнее молчание первого советского Гражданского кодекса РСФСР 1922 г.[1], сменившееся неоправданно минималистским закреплением в последующей кодификации 1964 г.[2] обрывочных норм о защите нематериальных благ (ст. 7, 514 Кодекса), закономерно привело к стагнации юридической мысли, затуханию интереса к проблематике личных прав.

Строго говоря, бóльшую часть советской истории концептуальные представления о сущности личных прав и о правовой охране нематериальных благ, заложенные в классических трудах М.М. Агаркова и И.А. Покровского, а позднее – И.Л. Брауде, И.С. Гуревича, Б.С. Утевского и Е.А. Флейшиц, оставались незаслуженно невостребованными теорией и практикой. Символично, что даже в наиболее авторитетных учебниках советского гражданского права вопросам личных прав посвящалось ничтожно малое внимание[3].

---

[1] СУ РСФСР. 1922. № 71. Ст. 904.

[2] Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

[3] Например, в учебнике, написанном в 1950 г. коллективом ведущих цивилистов того времени (Д.М. Генкин, С.Н. Братусь, Л.А. Лунц и И.Б. Новицкий), личным правам уделено неполных пять страниц (Советское гражданское право / под ред. Д.М. Генкина. М., 1950. С. 193–198). В еще более сжатом виде рассматривает эти вопросы в своем авторском курсе лекций известный правовед С.И. Вильнянский (*Вильнянский С.И.* Лекции по советскому гражданскому праву. Харьков, 1958. С. 102–106). Более поздний учебник, вышедший во второй половине 1960-х гг. под редакцией Д.М. Генкина и Я.А. Куника, и вовсе не содержит раздела о личных правах, а ограничивается тремя абзацами в главе, посвященной предмету гражданского права, таким образом, лишь обзорно упоминая о существовании особой разновидности неимущественных отношений (Советское гражданское право / под ред. Д.М. Генкина, Я.А. Куника. М., 1967. С. 12–13). В этом смысле выгодно отличался учебник конца 1970-х гг., подготовленный коллективом кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова под руководством В.П. Грибанова и С.М. Корнеева: тема личных прав обособлена в самостоятельную главу и помещена в первую часть учебного курса, предшествуя теме представительства (Советское гражданское право / под ред. В.П. Грибанова, С.М. Корнеева. М., 1979. С. 191–200).

Подобное положение дел не представлялось случайным. Идея защиты личности и прежде всего компенсации морального вреда была чужда духу советского гражданского права, по ленинским словам, «ничего «частного» не признававшего»[1]. Не иначе как аномалией развития правовой системы можно назвать ситуацию, при которой моральный вред регламентировался не нормами Гражданского кодекса, а Основами уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 г. (ст. 24)[2]. Как следствие, «частное» полностью растворялось в «публичном», не находя должной правовой охраны, а правовое регулирование приобретало несбалансированный и отчасти репрессивный характер.

Показательно, что в рассматриваемый период времени С.И. Аскназий писал: «Проблема внедоговорной ответственности не имеет того социально-хозяйственного значения для всей общественной системы, какое имеет для нее проблема ответственности договорной. Эта последняя, регулируя отношения, связанные с основными формами «обмена веществ» в системе, с ее «анатомией», обеспечивает нормальное течение основных процессов системы. Правовое регулирование внедоговорной ответственности при всем его значении для устойчивости *данного* (курсив мой. – *А.У.*) социально-экономического строя имеет лишь вспомогательное значение: оно должно обеспечить устойчивость правового положения личности или хозяйственных организаций, неприкосновенность их имущественных и других прав и тем внести должную твердость и определенность в течение производственных и иных процессов»[3]. Очевидно, что, говоря о приоритете «системы» перед ее «элементом», а по сути, «публичного» над «частным», С.И. Аскназий имел в виду лишь *советское* гражданское право, изначально сконструированное для *данного* социального экономического строя (социализма, существовавшего в СССР). В то же время подобный дисбаланс в корне противоестествен западному гражданскому праву, покоящемуся на базовых принципах уважения индивидуальной свободы, человеческого достоинства, физической и социальной неприкосновенности гражданина[4].

[1] В отличие от советского законодателя прямо противоположным путем пошли другие страны «социалистического лагеря» (Чехословакия, Болгария, Польша, Германия, Румыния) (*Белявский А.В., Придворов Н.А.* Охрана чести и достоинства личности в СССР. М., 1971. С. 125–127).

[2] Ведомости ВС СССР. 1959. № 1. Ст. 15.

[3] *Аскназий С.И.* Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2008. С. 737.

[4] В особенности это касается французского деликтного права, по праву считающегося первоосновой для развития института личных прав.

Демократизация общественной жизни, начавшаяся в эпоху перестройки, естественным образом дала мощный импульс развитию правовой науки, подготовила почву для коренного обновления гражданского законодательства[1]. Последующие преобразования в социально-экономической сфере, нашедшие отражение при разработке новой Конституции 1993 г.[2], коснулись и института личных прав: гл. 8 части первой Гражданского кодекса РФ[3] на достаточно высоком юридическом уровне сформулировала общие принципы правовой охраны нематериальных благ и способы их защиты[4].

Сегодня по данному вопросу представляют несомненный историографический и практический интерес суждения корифея российской цивилистики А.Л. Маковского, принимавшего непосредственное участие в основных кодификационных работах второй половины XX в.: «Самые большие удачи Гражданского кодекса (имеется в виду действующий ГК РФ. – *Примеч. А.У.*) с точки зрения имплантации в него положений Конституции находятся там, где Кодекс отошел от дословного воспроизведения норм Конституции, а постарался воспроизвести ее смысл и дух... Гражданский кодекс вслед за Основами 1991 г. ввел общее правило об использовании средств гражданско-правовой защиты для любых личных неимущественных прав и иных нематериальных благ, если это совместимо с характером соответствующего права или блага. Когда эта статья создавалась, то много спорили о том, как разграничить права и свободы, личные неимущественные права и нематериальные блага. В конце концов, от такого разграничения отказались и восприняли идею, которую когда-то высказал С.Н. Братусь: если мы имеем дело с личными неимущественными правами, с нематериальными благами, то они по своей природе поддаются защите средствами гражданского права. Гражданский кодекс установил такое общее правило в нашем законодательстве. Теперь их нарушение дает возможность взыскания убытков или возмещения морального вреда»[5].

---

[1] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 2009. С. 144–147.

[2] СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

[3] СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

[4] *Суханов Е.А.* О проекте нового Гражданского кодекса России // *Суханов Е.А.* Гражданское право России – частное право. М., 2008. С. 93.

[5] *Маковский А.Л.* Конституция и Гражданский кодекс Российской Федерации // *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права. М., 2010. С. 345–346.

Нормы Гражданского кодекса о правовой охране и защите нематериальных благ находятся в неразрывной связи с конституционно-правовыми положениями о фундаментальных правах человека, поэтому в институте личных прав столь концентрированно проявляется индивидуализм частного права.

Для иллюстрации выдвинутого тезиса уместно привести один забытый эпизод из истории советского гражданского права. В начале 1950-х гг. в рамках так называемой «борьбы с безродным космополитизмом», обсуждалась возможность законодательного запрета псевдонимов. *Causa formalis* состояла в следующем: если в дореволюционной России и в капиталистических странах использование псевдонимов было обусловлено объективными причинами, такими как политические преследования по мотивам социальной, религиозной, национальной и иной розни, то «социализм, построенный в нашей стране, окончательно устранил все причины, побуждавшие людей брать псевдонимы» (М.С. Бубеннов). Следовательно, использование псевдонима якобы априорно предполагает недобросовестность автора. Главным объектом травли оказались молодые литераторы Ю. Каган, С. Файнберг, Н. Рамбах и др., публиковавшие стихи под псевдонимами (стоит ли уточнять, что данная кампания была развернута на фоне «дела врачей», «дела Еврейского антифашистского комитета», разгрома «одной антипатриотической группы театральных критиков» и т.д.)[1].

Неожиданный перелом в этой дискуссии произошел после выхода в печати статьи известного поэта К.М. Симонова, сумевшего отстоять позицию: только автор вправе решать, будет ли произведение опубликовано под действительным именем автора, под псевдонимом

[1] В биографической статье о Е.А. Флейшиц А.Л. Маковский также не обходит вниманием разгул антисемитизма в советском обществе конца 1940-х гг.: «29 января 1949 г. «Правда» вышла с передовой статьей «Об одной антипатриотической группе театральных критиков». В ней, кроме требования идейно разгромить группу в основном ленинградских критиков с еврейскими фамилиями – последышей буржуазного эстетства, была поставлена общая «задача борьбы против безродного космополитизма». В юридических институтах и вузах началась густо замешанная на антисемитизме кампания борьбы с «космополитами», к которым при желании причисляли любого, кто хоть когда-то сказал неругательное слово по поводу иностранного права... Е.А. [Флейшиц] стала главной мишенью в Институте внешней торговли... и одной из главных на юрфаке Московского университета. Больше года в присутствии коллег, подчиненных и, что самое страшное, учеников она была вынуждена выслушивать, как ее мешали с грязью и оплевывали за то, что насущно необходимое для страны дело она делала лучше других» (см.: *Маковский А.Л.* Екатерина Абрамовна Флейшиц (очерк жизни и творчества) // *Флейшиц Е.А.* Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 1. М., 2015. С. 62).

или анонимно[1]. И это верно: выбор имени, под которым автор представит обществу свое произведение, зачастую является необходимым условием для свободы творчества.

К вопросу о природе псевдонима удалось вернуться лишь в «эпоху оттепели». В 1957 г. вышла в свет монография Б.С. Антимонова и Е.А. Флейшиц «Авторское право», в которой, помимо прочего, раскрывались социальные и нравственные предпосылки для использования псевдонима. Прежде всего отмечалось, что отказ автора от использования собственного имени может быть связан с тем, что автор «желает, чтобы его статья «говорила сама за себя», чтобы, воспринимая доводы и предложения автора, читатели были совершенно свободны от подкрепления их соображениями, связанными со служебным положением»[2], или с тем, что он «желает выпускать в свет свои произведения под псевдонимом потому, что его фамилия совпадает с фамилией другого автора, работающего в той же области науки, литературы или искусства»[3]. Во всяком случае, Б.С. Антимонов и Е.А. Флейшиц категорически отвергали доводы, «будто обязательное опубликование произведений под фамилией авторов повысит их морально-политическую ответственность за свои произведения перед обществом. Общество судит прежде всего о произведении и, оценивая произведение, дает оценку личности автора»[4]. Продолжая приведенную мысль, можно предположить, что ситуаций, при которых граждане испытывают субъективную потребность в псевдониме как средстве собственной индивидуализации, бесчисленное множество, а потому государственное вмешательство в данную сферу не может быть произвольным (*ad arbitrium*), публичная власть обязана считаться с проявлениями индивидуальности человека.

Кстати, было бы неправильно считать, что упомянутая дискуссия о праве на псевдоним является достоянием лишь модной истории. Так, в настоящее время развитие информационных технологий позволяет интернет-пользователям выступать либо анонимно, либо под вымышленным именем (никнеймом). В свою очередь во многих странах мира властями предпринимаются меры по деанонимизации

[1] См. подробнее: *Ульбашев А.Х.* Право на псевдоним и «борьба с безродным космополитизмом» // Право и государство: теория и практика. 2018. № 8. С. 6–11.

[2] *Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А.* Авторское право // *Флейшиц Е.А.* Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 1. С. 460.

[3] Там же.

[4] Там же. С. 460–461.

интернет-пространства, т.е. по принудительному раскрытию личности интернет-пользователей и тем самым установлению контроля за публичной активностью собственных граждан в информационной среде. Но пора признать, что «анонимность интернета является для его развития примерно тем же, чем для гражданского оборота является ограниченная ответственность корпораций, однако представляется, что право на анонимность должно сохраняться только до тех пор, пока анонимное лицо не нарушает прав других лиц»[1].

К тому же на практике анонимность отдельных субъектов гражданского права *pro forma* не подрывает основ гражданского оборота, «не вызывает состояния подвешенности», так как зачастую от имени анонимного лица действует представитель, фактически приобретающий для него права и обязанности[2].

Свободная личность *per se*, а стало быть, и ее личные права, как права более высокого порядка, представляют абсолютную ценность для цивилизованного государства и права в целом. Только при наличии угрозы правам и законным интересам третьих лиц можно ставить вопрос об ограничении личных прав. Причем угроза должна носить объективный, а не гипотетический, мнимый характер: объективация угрозы состоит в выявлении вреда, к возникновению которого неминуемо ведет неправомерное осуществление личных прав.

Более века назад И.А. Покровский справедливо заметил: «Личность как таковая, личность во всей совокупности ее конкретных особенностей получает себе все большее и большее признание. Перед лицом современного правосознания общество – не стадо однородных человеческих особей, величин заменимых, а союз самоценных личностей, имеющих право на индивидуальность. Пусть даже эта индивидуальность значительно отклоняется от среднего типа; если только она не вредит другим, она заслуживает охраны закона. Пусть эта индивидуальность кажется нам порой странностью, чудачеством, нужды нет: мы должны за чудаком признать право на существование. Этого требует растущее уважение к человеческой личности, этого требует развивающееся нравственное сознание»[3]. К сожалению, прошедшее

[1] *Нюняев В.О.* Актуальные проблемы защиты прав на товарные знаки в сети интернет // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2019. С. 258.

[2] *Байгушева Ю.В.* К понятию представительства анонимного автора // Сборник научных статей к 65-летию А.П. Сергеева / ред. колл. Ю.В. Байгушева, О.Ю. Скворцов, Н.В. Иванов. М., 2018. С. 144.

[3] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2009. С. 131.

столетие показало, что история правовой мысли не всегда движется поступательно. В свою очередь институт личных прав наиболее явственно отражает подлинное состояние всего частного права, его обращенность к правам человека и подлинное соответствие «развивающемуся нравственному сознанию».

Справочно заметим, что в праве стран, считающихся сегодня классическими демократиями, законодательные и правоприменительные подходы к регламентации личных прав находились в непрерывном развитии на протяжении последних двух столетий.

Исторически институт личных прав был крайне «политизирован». По словам И.Е. Фарбера, изначально «идея независимого человека, права которого не может нарушать государство, была направлена против феодального мировоззрения, согласно которому человеческая личность – ничто, она целиком зависит от всесильной, богом дарованной государственной власти. Нет сомнения в том, что эти идеи естественных неотчуждаемых личных прав в XVIII веке имели революционное, прогрессивное значение»[1].

Так, например, австрийский *ABGB* еще в 1811 г. провозгласил в § 16 принцип правовой охраны личности. Здесь интересна конструкция упомянутой нормы: личные права охраняются в силу самого признания человека личностью[2]. По всей видимости, разработчики *ABGB* попытались привнести в национальное частное право лозунги Великой французской революции и в особенности Декларации прав человека и гражданина 1789 г. (*la Déclaration des droits del 'homme et du citoyen*)[3].

Признанным пионером в деле защиты личных прав явилась, конечно же, Франция. Как известно, первоначальная редакция наполе-

[1] *Фарбер И.Е.* Свобода и права человека в советском государстве. Саратов, 1974. С. 142–143.

[2] Дословно: «Каждому человеку от рождения принадлежат неотъемлемые права, которые являются проявлением его личности» (*Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher an seine Person zu betrachten*). Как верно отмечает современный австрийский цивилист Эрнст Карнер, «это утверждение не является декларацией, как полагал Йозеф Унгер (*J. Unger*) в XIX в., а представляет собой основополагающую норму австрийского права. Впервые это всеобщее право личности, а также основанное на нем право на уважение частной сферы было сформулировано ЕСПЧ в 1978 г. Наконец, по прошествии 170 лет высшая судебная инстанция вновь открыла и вернула к жизни § 16 *ABGB*» (*Карнер Э.* Права человека и защита прав личности в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2014. № 4. С. 258–259).

[3] *Meissel F.S.* De l'esprit de modération – Zeiller, das ABGB und der Code Civil – Grundlagen der österreichischen Rechtskultur: Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag / Th. Olechowski, Ch. Neschwara, A. Lengauer (Hrsg.). Wien, 2010. S. 279; *Binder B., Trauner G.* Öffentliches Recht – Grundlagen: Lehrbuch. 3. Aufl. Wien, 2014. S. 65.

оновского *Code civil* не содержала норм, регламентирующих принадлежность, охрану и защиту нематериальных благ. «Кодекс охраняет прежде всего собственность... Уже приобретенные права, приобретенные имущества – вот предмет его основной заботы; имущественные интересы – вот что он стремится тщательно регламентировать. Личность же во всей совокупности ее физических и моральных черт, ее жизнь, здоровье, деятельность, ее моральное и интеллектуальное развитие – об этом Кодекс заботился меньше всего»[1]. И правда, первоначально французскими исследователями высказывались сомнения, позже озвученные в несколько ином контексте и советскими цивилистами, что неимущественный вред вовсе не подлежит имущественной оценке и гражданско-правовой охране (*le slarmes nes emonnaient pas*, т.е. «слезы не оцениваются»)[2].

Но парадоксальность ситуации состояла в том, что нередко полноценная защита имущественных интересов лица возможна при условии адекватного обеспечения его неимущественных интересов. Поэтому уже в XIX в. французским судам пришлось разбирать иски, основанием которых хотя и была защита личных прав, но за ними вполне отчетливо просматривались имущественные интересы[3].

Любопытный пример приводит Е.А. Флейшиц: «В 1865 г. парижский апелляционный суд вынес решение по иску владелиц фабрики курительных трубок в городе Живе, эксплуатировавших свою фабрику под фирмой «Гамбье». Истицы требовали прекращения неким гражданином Пикаром торговли курительными трубками под той же фирмой «Гамбье», использовавшейся Пикаром на основе договора с лицом, носившим фамилию Гамбье и предоставившим Пикару право пользования этой фамилией в целях недобросовестной конкуренции с фабрикой истиц (истицы и ответчик сбывали свои трубки в Париже).

[1] *Флейшиц Е.А.* Личные права в гражданском праве Союза ССР и капиталистических стран // *Флейшиц Е.А.* Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 1. С. 122.

[2] *Morand-Deviller J.* Droit administratif: cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés. Paris, 2015. P. 738. Вместе с тем и в СССР были авторы, считавшие приемлемым предоставление деликтно-правовой защиты нематериальным благам граждан (*Агарков М.М.* Обязательства из причинения вреда // Проблемы социалистического права. 1939. № 1. С. 71–72; *Брауде И.* Возмещение неимущественного вреда // Революционная законность. 1926. № 9–10; *Утевский Б.* Возмещение неимущественного вреда как мера социальной защиты // Еженедельник советской юстиции. 1927. № 35).

[3] *Arnoux I.* Les droits de l'être humainsur son corps. Bordeux, 2003. P. 165; *Kayser P.* Les Droits de la personnalité: Aspects théoriques et pratiques. Paris, 1971; *Gastaud J.-P.* Personnalité morale et droit subjectif: essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés. Paris, 1977.

Удовлетворяя требования истиц, суд мотивировал свое решение тем, что «если имя есть несомненно объект личной собственности (!) того, кто его носит, то это право собственности, влекущее за собой наиболее полное право на пользование и распоряжение именем, ограничено, однако, пределами, установленными разумом и законом, а с точки зрения закона (ст. 544 *Code civil*) никто не имеет права на противоправное использование объекта своей собственности. Между тем ничто не может быть более противоправным, чем использовать свою вещь (!), сознательно причиняя вред другому лицу»[1]. Оценивая данный судебный акт, Е.А. Флейшиц отмечала, что «защищая интересы предпринимателя, суд признал имя вообще, имя как таковое, объектом «наиболее полного», как гласит ст. 544 *Code civil*, права – права собственности. Французская литература в дальнейшем без труда доказала несостоятельность этой «конструкции». Но в тот момент, когда она была выдвинута, она служила только вящему укреплению права на имя... Авторитет «собственности» позволил осветить и укрепить охрану не одного вида субъективных прав на нематериальные объекты»[2]. В конечном счете, поставив личные права в один ряд с имущественным по своей природе правом собственности, французские суды создали теоретические и практические предпосылки для денежной оценки неимущественного вреда и его возмещения.

В действительности, юридическая мысль пошла по пути расширительного толкования норм о деликтной ответственности, применении термина «вред» (*dommage*) к неимущественной сфере: если изначально предполагалось, что ущерб может быть нанесен лишь имущественной сфере, то позже возможность его причинения признали и в отношении нематериальных благ.

Сегодня в деликтном праве Франции различают наряду с имущественным вредом (*dommage matériel*) также телесный и моральный вред (*dommage corporel et moral*). В законодательстве и судебной практике встречается также синонимичное обозначение вреда как *préjudice*, охватывающее умаление физической неприкосновенности человека (*intégrité physique*), иных благ (*biens*), чувств (*sentiments*) и чести (*honneur*).

С догматической точки зрения нематериальные блага как объекты личных прав имеют мало отличий от материальных благ, выступающих объектами имущественных прав. Именно поэтому личные права признаются разновидностью субъективных гражданских прав. Нематери-

[1] *Флейшиц Е.А.* Указ. соч. С. 131.

[2] Там же. С. 132.

альные блага представляют юридический интерес для их обладателя, а посягательство на эти блага влечет существенные неблагоприятные последствия для управомоченного лица. Причем такие последствия могут быть как неимущественного, так и имущественного рода.

Скажем, причинение вреда здоровью физического лица (например, нанесение побоев, травм) требует медицинских расходов на лечение и последующую реабилитацию. Понятно, что такие расходы достаточно просто верифицируемы и могут быть возмещены по правилам ст. 1085 ГК РФ. В то же время причиненный вред может стать причиной иных, физических и нравственных страданий гражданина: нередко даже кратковременная утрата здоровья способна оказать большое влияние на повседневную жизнь человека и его эмоциональное состояние.

Сходную ситуацию рисовал Б.С. Утевский: допустим, что гражданин, ставший жертвой преступного нападения, лишился руки, оставшись на всю жизнь инвалидом. Едва ли нужно объяснять, что такое событие кардинально изменит привычный образ жизни всякого, отразится на его трудоспособности, восприятии человека самим собой и обществом и т.д.[1]

Возникшее деликтное правоотношение можно рассмотреть в двух аспектах: (1) как непосредственную связь между причинителем вреда (преступником, нанесшим увечья), с одной стороны, и пострадавшим гражданином, с другой стороны, и (2) как некоторую форму девиантного поведения, противоречащую общепринятым нормам поведения. Если в первом случае нарушаются частные интересы, то во втором – возникает угроза интересам публичным. Как верно указывал В.С. Ем, «законодатель, предписывая в качестве обязанности те или иные варианты поведения, опирается при этом на объективную основу – содержание общественного отношения, на урегулирование которого направлены его усилия. Необходимость того или иного действия, внутренне присущего общественному отношению, трансформируется в пределах зависимости юридической формы от материального содержания регулируемого отношения в правовую необходимость действия»[2].

Одной из важнейших задач правопорядка является восстановление положения, предшествовавшего правонарушению. В рассмотренном

[1] *Утевский Б.С.* Возмещение неимущественного вреда как мера социальной защиты // Еженедельник советской юстиции. 1927. № 35. С. 1083–1084.

[2] *Ем В.С.* К вопросу о понятии, содержании и сущности правовых обязанностей // Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею В.С. Ема / отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М., 2011. С. 12.

примере с ампутацией руки достижение указанной цели также должно привести к защите частного и публичного интересов одновременно. Как в этом случае наиболее эффективно защитить частные интересы? Ведь оказывается, что поставленная цель до конца недостижима: даже современные медицинские технологии протезирования все еще не могут обеспечить полное восстановление здоровья. Так же сложно представить, что перенесенные физические и нравственные страдания в принципе могут быть выражены в денежном эквиваленте и компенсированы.

Но значит ли это, что законодатель, руководствуясь соображениями социальной справедливости, вправе самоустраниться от гражданско-правовой охраны и защиты неимущественных интересов или ограничиться мерами уголовно-правовой репрессии, т.е. защитой публичных интересов? Отвечая на данный вопрос, А.В. Белявский и Н.А. Придворов резонно рассуждали: «...Почему потерпевший, оставаясь на всю жизнь без руки, калекой, уродом, должен довольствоваться тем, что виновный на несколько лет посажен в тюрьму [?] В самом деле, наказание виновного удовлетворяет в потерпевшем лишь чувство мести, да и то не всегда: вряд ли он посчитает наказание в два года столь же тяжелым для виновного, как потеря им [руки]. Иногда причинитель и вовсе не подлежит [уголовно-правовому] наказанию»[1].

Называя в Гражданском кодексе такую меру гражданско-правовой ответственности, как компенсация морального вреда, законодатель «выбирает меж двух зол»: с одной стороны, он понимает, что функционально данная мера носит ограниченный характер и лишь с высокой степенью условности восстанавливает положение потерпевшего, но, с другой стороны, не может отказаться от этого механизма, ибо в противном случае оставил бы неимущественные интересы гражданина без какой-либо адекватной защиты.

Кстати, и в имущественных отношениях не всегда с абсолютной точностью возможно определить размер убытков. Об этом прямо говорит п. 5 ст. 393 ГК РФ, согласно которому размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению

[1] *Белявский А.В., Придворов Н.А.* Охрана чести и достоинства личности в СССР. М., 1971. С. 125.

убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства[1]. Стало быть, в гражданском праве невозможность точного определения ущерба не является препятствием к его возмещению.

Рассматривая природу морального вреда, В.П. Грибанов отмечал: «Советское гражданское законодательство предусматривает ответственность лишь за причинение материального вреда. Это объясняется тем, что хотя моральный вред и приносит известные страдания, стеснения потерпевшему, однако эти моральные потери не могут быть оценены в стоимостном, денежном выражении. Поэтому определить в данном случае размер возмещения вреда практически невозможно. Он всегда был бы либо приблизительным, либо символическим»[2]. Примечательно, что рассуждения В.П. Грибанова в приведенном отрывке некатегоричны: хотя и исходя из норм действовавшего тогда законодательства, он не исключал потенциальную возможность возмещения нематериального вреда, а лишь подчеркивал приблизительность, условность такого расчета и таким образом объяснял логику советского законодателя. Более того, ученый прямо признавал наличие на стороне потерпевшего юридически небезразличных «моральных потерь», приносящих такому лицу известные страдания.

Действительно, по общему правилу меры гражданско-правовой ответственности выполняют компенсационную функцию (*Ausgleichsfunktion*). Смысл этой функции ясен: правопорядок стремится за счет правонарушителя возместить ущерб, причиненный потерпевшему[3].

[1] Положение п. 5 ст. 393 ГК РФ нашло развитие в судебной практике. Так, в рамках одного из дел было установлено, что юридическое лицо распространяло в отношении своего конкурента недостоверные сведения, в связи с чем последний был вынужден обратиться в суд с иском о взыскании убытков. Верховный Суд РФ счел, что возникновение убытков в этом случае может подтверждаться годовым бухгалтерским балансом и документами, свидетельствующими о снижении валовой прибыли за соответствующий период после распространения спорных сведений, а также информацией о выручке, возможной при обычных условиях оборота, в том числе данными о прибыли фирмы за аналогичный период времени до распространения порочащих сведений (п. 19 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 16 марта 2016 г. // Бюллетень ВС РФ. 2016. № 10).

[2] *Грибанов В.П.* Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 330.

[3] *Gregor S.* Das Bereicherungsverbot: Ausdruck der Trennung von Schaden und Haftung. Tübingen, 2012. S. 14; *Heinze Ch.* Schadensersatz im Unionsprivatrecht: Eine Studie zu Effektivität und Durchsetzung des Europäischen Privatrechts am Beispiel des Haftungsrechts. Tübingen, 2017. S. 162 ff.

Однако институт гражданско-правовой ответственности выполняет и некоторые другие функции. В частности, речь идет о так называемой функции удовлетворения, или «искупления» (*Genugtuungsfunktion*), призванной учитывать «получение потерпевшим нравственного удовлетворения в связи с возложением на причинителя вреда обязанности выплаты денежной компенсации за причинение вреда неимущественным правам и благам потерпевшего. В функции удовлетворения нашел отражение подход к компенсации за страдания как к особого рода штрафу, взыскиваемому в пользу потерпевшего (*Privatstrafe*)»[1].Тем не менее немецкий законодатель исходит из невозможности произвольного применения этой функции:[2] как прямо следует из § 253 *BGB*, компенсация морального вреда допускается в случаях, предусмотренных законом.

Центральный вопрос настоящего исследования состоит в раскрытии природы морального вреда как основания привлечения к гражданско-правовой ответственности.

Статья 151 ГК РФ достаточно лаконична при определении морального вреда, выражая его как некие физические и нравственные страдания человека, вызванные нарушением личных прав и нематериальных благ, а также в иных случаях, предусмотренных законом. Комментируя данную норму, А.А. Ягельницкий приходит к выводу, что «моральный вред подлежит компенсации при нарушении личных неимущественных благ гражданина в случаях, прямо предусмотренных законом»[3]. Но буквальное прочтение этих слов создает впечатление, что моральный вред есть следствие нарушения личных прав и подлежит компенсации в тех исключительных случаях, когда законодатель прямо это предусматривает. Между тем по российскому праву столь узкий подход к интерпретации морального вреда кажется небесспорным.

Уже более четверти века действуют разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, данные в постановлении от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»[4]. В соответствии с упомянутым Постановлением под моральным вредом понимаются нравственные или физические

[1] *Эрделевский А.М.* Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. 3-е изд. М., 2004. С. 62–63.

[2] *Erm D.* Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts. Düsseldorf, 2013. S. 157.

[3] Гражданское право: учебник: в 4 т. Т. 1 / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2019. С. 527 (автор главы – А.А. Ягельницкий).

[4] Российская газета. 1995. № 29.

страдания, причиненные действиями (бездействием), посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна и т.п.), или нарушающими его личные неимущественные права (право на пользование своим именем, право авторства и другие неимущественные права в соответствии с законами об охране прав на результаты интеллектуальной деятельности) либо нарушающими имущественные права гражданина. В качестве примеров, когда могут быть причинены физические и нравственные страдания, Верховный Суд РФ называет переживания в связи с утратой родственников, невозможностью продолжать активную общественную жизнь, потерей работы, раскрытием семейной или врачебной тайны, распространением не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, временным ограничением или лишением каких-либо прав, физической болью, связанной с причиненным увечьем, иным повреждением здоровья либо в связи с заболеванием, перенесенным в результате нравственных страданий, и др.

По общему правилу моральный вред возникает при нарушении личных прав, т.е. при посягательстве на нематериальные блага. Напротив, нарушение имущественных прав само по себе не порождает права на компенсацию морального вреда[1]. Но это есть лишь общее правило, знающее ряд важных исключений.

В настоящее время данный способ защиты, изначально рассчитанный на охрану неимущественных прав граждан, также применяется и в иных случаях, поименованных законодателем, и распространяется на имущественную сферу (в силу прямого указания п. 2 ст. 1099 ГК РФ)[2]. В частности, требование о компенсации морального вреда

[1] В п. 1 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г., закреплено правило, согласно которому исключительное право не подлежит защите путем взыскания компенсации морального вреда, поскольку является имущественным правом // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

[2] В подтверждение данного тезиса уместно привести положение п. 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. № 30 «О практике рассмотрения судами дел, связанных с реализацией прав граждан на трудовые пенсии», согласно которому отсутствие специального закона, допускающего возможность компенсации морального вреда при нарушении пенсионных (имущественных) прав, означает невозможность привлечении пенсионного органа к подобной ответственности за соответствующее нарушение (Бюллетень ВС РФ. 2013. № 2).

при нарушении имущественных прав может быть заявлено в рамках потребительских (ст. 15 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-I «О защите прав потребителей»[1]), трудовых (ст. 237 Трудового кодекса РФ[2]) и иных споров.

Представляется, что законодатель наделяет управомоченных лиц правом на иск о компенсации морального вреда при нарушении имущественных прав в достаточно однородных отношениях, а именно в тех, в которых существует принципиальное неравенство сторон (потребитель – профессиональный участник гражданского оборота; работник – работодатель и т.д.). В этом смысле компенсация морального вреда выступает дополнительным механизмом «выравнивания» правового положения субъектов гражданских правоотношений. Чаще всего компенсация морального вреда допускается при защите не всяких имущественных прав, а тех, нарушение которых может косвенно отразиться на неимущественных правах лица[3].

Как уже было сказано, для личных прав действует прямо противоположное правило: защита этой группы гражданских прав осуществляется путем компенсации морального вреда на основе общей нормы ст. 151 ГК РФ и не требует специального «подтверждения» со стороны законодателя применительно к отдельным видам нематериальных благ. Такой подход логически предполагает «неакцессорность» (юридическую независимость) компенсации морального вреда от возмещения вреда имущественного.

Итак, формальным признаком морального вреда является его обусловленность нарушением личных прав граждан, а в случаях, предусмотренных законом, также и отдельных имущественных прав. Сущностный (фактический) признак состоит в умалении нематериальных благ – объектов личных прав, причинение лицу физических и нравственных страданий (презюмируется, что умаление всякого нематериального блага порождает неблагоприятные последствия для управомоченного лица).

---

[1] Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

[2] СЗ РФ. 2002. № 1 (часть I). Ст. 3.

[3] Применительно к трудовым правоотношениям данный тезис неоднократно подчеркивался специалистами по трудовому праву. М.И. Бару обоснованно полагал, что «в трудовом правоотношении в определенном единстве существуют имущественная и неимущественная стороны. В одном случае участнику правоотношения обеспечивается материальный интерес, в другом – интерес моральный. Эти интересы не противостоят, а взаимно сочетаются» (*Бару М.И.* Охрана трудовой чести по советскому законодательству. М., 1966. С. 19).

Компенсация морального вреда представляет собой самостоятельное гражданско-правовое обязательство. Давая характеристику деликтным обязательствам, О.А. Красавчиков писал: «По своей экономической сущности обязательства по возмещению причиненного вреда являются правовой формой отношений по перераспределению материальных благ (главным образом, денежных сумм). Причинитель вреда безэквивалентно возмещает причиненный его действиями вред; какого-либо встречного предоставления со стороны потерпевшего здесь нет и не предполагается»[1]. Сказанное вполне применимо и к обязательству из причинения морального вреда. Между тем практическая сложность возникает при доказывании вреда как исходного основания гражданско-правовой ответственности. Собственно, от вреда зависит и размер возмещения, так как «гражданское законодательство исходит из принципа полноты гражданско-правовой ответственности. Это означает, что лицо, причинившее вред или убытки, обязано возместить их в полном объеме»[2].

Как поясняется в п. 8 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 4 (2017), утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 15 ноября 2017 г., бремя доказывания по делам о компенсации морального вреда распределяется следующим образом: юридически значимыми и подлежащими доказыванию являются обстоятельства, связанные с тем, что потерпевший перенес физические или нравственные страдания в связи с посягательством причинителя вреда на принадлежащие ему нематериальные блага, при этом на причинителе вреда лежит бремя доказывания правомерности его поведения, а также отсутствия его вины[3].

Убедителен А.М. Эрделевский, утверждая, что «наличие морального вреда предполагает негативные изменения в психической сфере человека, выражающиеся в претерпевании последним физических и нравственных страданий. Одной из важнейших особенностей морального вреда является то, что эти негативные изменения происходят в сознании потерпевшего. Так, слезы – одна из наиболее распространенных реакций на причинение боли или обиды, но это может явиться

[1] Советское гражданское право: в 2 т. Т. 2 / под ред. О.А. Красавчикова. М., 1969. С. 364.

[2] *Грибанов В.П.* Указ. соч. С. 352; см. также: *Иоффе О.С.* Ответственность по советскому гражданскому праву // *Иоффе О.С.* Избранные труды: в 4 т. Т. 1. СПб., 2003. С. 480.

[3] Бюллетень ВС РФ. 2018. № 11.

только косвенным доказательством причинения морального вреда. На наш взгляд, следует применять принцип презумпции причинения морального вреда неправомерным действием и предполагать, что потерпевший испытывает страдания, если правонарушитель не докажет обратное»[1].

На законодательном уровне не установлена презумпция причинения морального вреда при нарушении личных прав граждан. Вместе с тем о справедливости такого подхода свидетельствует и практика Европейского суда по правам человека. В частности, по делу «Ананьев и другие (*Ananyev and others*) против Российской Федерации» отмечается, что невыполнение государством минимальных условий содержания осужденных в исправительных учреждениях означает нарушение их личных прав и порождает право на компенсацию морального вреда: «Национальный закон о компенсации должен отражать существование этой презумпции, а не присуждать, как это происходит сейчас, компенсацию в зависимости от способности заявителя доказать вину конкретных должностных лиц или органов и незаконность их действий. Как уже ранее устанавливал Европейский суд, неудовлетворительные материальные условия не обязательно существуют по вине администрации исправительных учреждений и других должностных лиц, но могут быть и следствием структурных проблем в национальной системе содержания под стражей, в то время как перенаселенность может быть результатом недостатков, существующих за пределами пенитенциарной системы, например, в судах или органах прокуратуры. Следует также напомнить в этой связи, что даже в ситуации, когда каждый аспект условия содержания соответствует внутренним правилам, их совокупный эффект может составлять бесчеловечное обращение. Поэтому должно быть очевидно, что ни высокий уровень преступности, ни недостаток ресурсов, ни другие структурные проблемы не могут рассматриваться как обстоятельства, исключающие или уменьшающие ответственность национальных властей за моральный вред, причиненный в результате бесчеловечных или унижающих достоинство условий содержания под стражей»[2].

Аналогичную позицию занимает и высшая судебная инстанция России. Так, в п. 32 постановления Пленума Верховного Суда РФ

[1] *Эрделевский А.М.* Указ. соч. С. 90.

[2] Постановление ЕСПЧ от 10 января 2012 г. по делу «Ананьев и другие (Ananyev and others) против Российской Федерации» (жалоба № 42525/07, 60800/08) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2012. № 8.

от 26 января 2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина» прямо определено, что поскольку потерпевший в связи с причинением вреда его здоровью во всех случаях испытывает физические или нравственные страдания, факт причинения ему морального вреда предполагается. Установлению в данном случае подлежит лишь размер компенсации морального вреда[1].

Обширная судебная практика подтверждает, что соответствующая презумпция, с одной стороны, упрощает доказывание для потерпевшего, а с другой стороны, не нарушает баланс прав и законных интересов участников разбирательства. В связи с этим можно предположить, что презумпция наличия морального вреда должна быть распространена на весь комплекс субъективных личных прав без исключения, а также имущественных прав, с нарушением которых законодатель связывает возникновение морального вреда.

Заключительный блок вопросов, рассматриваемых в настоящем исследовании, посвящен расчету компенсации морального вреда. Закон дает весьма ограниченные инструментальные возможности для расчета соответствующей компенсации. Так, в ст. 151 ГК РФ содержится общая норма, согласно которой при определении размера компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Суд учитывает степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями гражданина, которому причинен вред.

По всей видимости, законодатель намеренно избегает закрепления конкретных методик расчета компенсации, исходя из многообразия жизненных обстоятельств, связанных с осуществлением и защитой личных прав. Но здесь следует согласиться с Л.Ю. Михеевой, резонно заявляющей, что «правовая действительность, увы, свидетельствует о том, что общих положений гражданского права для разрешения

[1] Бюллетень ВС РФ. 2010. № 3. Верховный Суд РФ, а вслед за ним и нижестоящие суды успешно реализуют этот подход в практике и по другим категориям споров (см., например: пункт 28 Обзора практики разрешения судами споров, возникающих в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 4 декабря 2013 г. // Бюллетень ВС РФ. 2014. № 3; п. 5 Обзора судебной практики Верховного Суда РФ № 2 (2018), утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 4 июля 2018 г. (Бюллетень ВС РФ. 2019. № 3, 4) и др.

большинства таких судебных споров недостаточно. В ситуациях, хотя бы немного отличающихся от стандартных, суды не рискуют делать самостоятельные выводы и всякий раз ищут подходящую к случаю норму, закрепленную в законе, или достаточно конкретное разъяснение ситуации в актах вышестоящей инстанции. Именно об этом свидетельствует накопленная практика применения судами наиболее «популярных» статей гл. 8 ГК РФ – ст. 151 и 152»[1].

Политико-правовое разрешение возникшей ситуации должно быть дано с учетом двух предпосылок: с одной стороны, законодатель не вправе сильно ограничивать правоприменителя в вопросах расчета компенсации морального вреда, скажем, задавая какие-либо формулы, но, с другой стороны, судебная практика нуждается в универсальных принципах, служащих методологическим руководством для рассмотрения конкретных споров. В условиях жесткой централизации, иерархичности российских судов кажется наиболее перспективным закрепление общих подходов (методик) расчета компенсации на уровне постановления Пленума Верховного Суда РФ.

Словом, возникает насущная проблема формализации таких критериев, позволяющих учитывать юридически значимые обстоятельства при компенсации морального вреда. По этому поводу А.А. Ягельницкий поясняет, что «даже примерная денежная оценка морального вреда немыслима вследствие принципиальной невозможности его восполнения и ввиду отсутствия «рынка боли и страданий»»[2]. Начиная в общем со справедливого тезиса, автор тем не менее констатирует, что «суды ориентируются на суммы, взыскиваемые другими судами при сравнимых фактических обстоятельствах»[3]. Отсюда может следовать, что судебная практика формирует некоторые «расценки» нематериальных благ, тем самым создавая «рынок боли и страданий». Кстати, к такому выводу подталкивает позиция и Верховного Суда РФ, выраженная в п. 9 постановления Пленума от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней»: при определении размера денежной компенсации морального вреда суды могут принимать во внимание размер справедливой компенсации

[1] *Михеева Л.Ю.* Модернизация института нематериальных благ: достижения и перспективы // Кодификация российского частного права – 2015 / под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2015. С. 168.

[2] *Ягельницкий А.А.* Указ. соч. С. 527.

[3] Там же.

в части взыскания морального вреда, присуждаемой Европейским судом за аналогичное нарушение[1].

Но подобный подход противоречит базовым принципам гуманистической философии и постулатам естественного права, нашедшим отражение в учении о личных правах, что человек, его права и свободы самоценны: «ценность» одного человека не ставится в зависимость от «ценности» другого человека. Хрестоматийными являются примеры о невозможности сравнения вреда, причиненного здоровью представителей разных профессий: так, например, острота зрения является основой профессиональной деятельности для ювелиров, но не столь важна, скажем, для библиотекаря, хотя лишение зрения повлечет известные трудности и для последнего. Следовательно, в первом и втором случае необходимо дифференцировать размер компенсации. Судебная практика, причем единичная, фрагментарная и не подтвержденная правовыми позициями Верховного Суда РФ, является весьма сомнительным источником знаний о «ценности» нематериальных благ.

По своей природе механизм компенсации морального вреда наиболее близок абстрактному методу расчета убытков. Точно показывает его специфику А.О. Овсянникова: «Абстрактный метод расчета убытков не ставит перед собой задачу добиться «идеальной» компенсации, однако он отвечает требованиям достижения более реальной и очень важной цели – цели эффективного отправления правосудия: абстрактный метод позволяет взыскать хоть какие-то убытки даже в том случае, когда их размер доказать невозможно»[2]. Точно так же мы не можем достоверно «оценить» физические и нравственные страдания человека, но вынуждены предоставить справедливое возмещение пострадавшему.

Разумеется, в отличие от абстрактного метода, применяемого при расчете убытков и предполагающего заключение заменяющей сделки по рыночной цене, абстрактный метод, применяемый при компенсации морального вреда, должен задействовать несколько иные переменные.

Как уже было сказано, суд не может оценить физические и нравственные страдания человека ввиду их неосязаемости и невидимости, поэтому правоприменителю нужны иные объективные критерии.

[1] Бюллетень ВС РФ. 2013. № 8.

[2] *Овсянникова А.О.* К вопросу о соответствии абстрактного метода расчета убытков компенсационному характеру гражданско-правовой ответственности // Опыты цивилистического исследования: сб. ст. / рук. авт. колл. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М., 2016. С. 267–268.

Такими критериями могут быть не «расценки» нематериальных благ, произвольно определяемые другими судами, а вполне конкретные жизненные обстоятельства.

В этом смысле крайне интересен немецкий опыт: размер компенсации напрямую зависит от целого комплекса обстоятельств, связанных с личностью потерпевшего и причинителя вреда. Иными словами, «оцениваются» не личные права и нематериальные блага граждан (ведь никто не опроверг того, что *le slarmes nes emonnaient pas*), а юридические факты. В русскоязычной литературе эти юридические факты наиболее полно систематизированы А.М. Эрделевским:

1) физические страдания потерпевшего (боль):

а) особая чувствительность к боли у потерпевшего;

б) вид телесного повреждения;

в) длительность лечения;

г) протекание процесса лечения;

д) длительность последствий;

2) нравственные страдания потерпевшего (переживания):

а) остающиеся последствия;

б) обезображивание (шрамы и т.д.);

в) возраст потерпевшего;

г) возможность дальнейшей работы по специальности;

д) степень осознания тяжести своего состояния;

е) беспокойство о судьбе семьи;

ж) возможность сохранения специфических качеств (повреждение руки или ноги у спортсмена);

з) особая психическая восприимчивость (склонность к переживаниям);

3) обстоятельства, связанные с причинителем вреда:

а) степень вины причинителя вреда;

б) иные фактические обстоятельства, связанные с причинением вреда (состояние опьянения у причинителя вреда, неисправность его автомобиля);

в) имущественное положение причинителя вреда[1].

С учетом особенностей того или иного правопорядка подобная «шкала» может варьироваться, но ясно одно, что судам объективно необходимы единообразные «руководящие начала», на основе которых они могли бы определять справедливый и разумный размер компенсации.

[1] *Эрделевский А.М.* Указ. соч. С. 69.

**А.А. Ягельницкий**

# О ПОТРЕБИТЕЛЬСКОМ ШТРАФЕ КАК МЕРЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

В сферу научных интересов В.П. Грибанова, наряду с другими вопросами, входило учение о гражданско-правовой ответственности. Право гражданско-правовой ответственности сейчас предусматривает ряд институтов, неизвестных современному В.П. Грибанову законодательству. В настоящей заметке затрагивается вопрос об уступке так называемых потребительских штрафов: ставится вопрос о природе потребительского штрафа и анализируется возможность его уступки исходя из постулатов учения о гражданско-правовой ответственности, заложенных в том числе в работах В.П. Грибанова.

Как известно, п. 6 ст. 13 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-I «О защите прав потребителей»[1] (далее – Закон о защите прав потребителей) устанавливает, что при удовлетворении судом требований потребителя, установленных законом, суд взыскивает с изготовителя (исполнителя, продавца, уполномоченной организации или уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера) за несоблюдение в добровольном порядке удовлетворения требований потребителя штраф в размере 50% от суммы, присужденной судом в пользу потребителя.

В практике возник вопрос о том, может ли потребитель, требование которого не было удовлетворено добровольно, уступить право требования штрафа, предусмотренного п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей (далее также – потребительский штраф). Закон прямого ответа на этот частный вопрос не содержит (и, видимо, не должен содержать); Верховный Суд РФ сделал несколько высказываний по этому вопросу.

Позиция об ограниченной уступаемости права на взыскание потребительского штрафа нашла отражение в п. 71 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 декабря 2017 г. № 58 «О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской

[1] Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

ответственности владельцев транспортных средств»[1] (далее – Постановление об ОСАГО). Названное Постановление содержит два правила.

Во-первых, права потерпевшего на возмещение вреда жизни и здоровью, на компенсацию морального вреда и на получение предусмотренного п. 3 ст. 16.1 Закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»[2] (далее – Закон об ОСАГО) и п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей штрафа, а также права потребителя, предусмотренные п. 2 ст. 17 Закона о защите прав потребителей, не могут быть переданы по договору уступки требования (ст. 383 ГК РФ).

Во-вторых, присужденные судом суммы компенсации морального вреда и предусмотренного п. 3 ст. 16.1 Закона об ОСАГО и п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей штрафа могут быть переданы по договору уступки права требования любому лицу.

В отношении первого из этих правил можно сделать следующее наблюдение. Пункт 2 ст. 17 Закона о защите прав потребителей предусматривает, что иски о защите прав потребителей могут быть предъявлены по месту нахождения ответчика, по месту жительства или пребывания истца, по месту заключения или исполнения договора, а в отношении исков из деятельности филиала или представительства – по их месту нахождения. Не совсем ясно, что имел в виду Верховный Суд РФ, указывая, что предусмотренные п. 2 ст. 17 Закона о защите прав потребителей права не могут быть переданы по договору уступки требования. Очевидно, что речь в этом разъяснении не идет о каком-либо материальном субъективном праве, т.е. о требовании кредитора в обязательстве. «Право на альтернативную подсудность», видимо, не является гражданским правом. Хотя вопрос о том, сохраняются ли процессуальные свойства переданного права после его уступки, является дискуссионным (представляется, что как минимум некоторые процессуальные особенности осуществления права сохраняются в случае правопреемства любого вида[3]), позиция, в соответствии с которой

[1] Бюллетень ВС РФ. 2018 г. № 4.

[2] Федеральный закон от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (Российская газета. 2002. № 80. 7 мая). Похожее, с некоторыми отличиями, разъяснение содержалось в п. 22 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 января 2015 г. № 2 «О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 3.

[3] Пункт 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Рос-

подведомственность и подсудность (т.е. компетенция на рассмотрение) государственным судам спора цессионария и должника определяются правилами процессуального закона на момент предъявления иска, в настоящее время преобладающая, чаще обосновывается тем, что правила о компетенции регулируют процессуальные отношения, возникающие с подачей иска.

Поскольку процессуальные отношения являются публично-правовыми, их уступка не может регулироваться гражданским кодексом. Исходя из изложенного, указание на ст. 383 ГК РФ[1], запрещающую уступку некоторых видов гражданских прав, в тексте п. 71 Постановления об ОСАГО в отношении п. 2 ст. 17 Закона о защите прав потребителей представляется юридико-технической неточностью – если искать в ГК РФ объяснение того, почему к «праву на альтернативную подсудность» не применяются правила о допустимости уступки прав (ст. 382 ГК РФ), более подходящим кандидатом кажется п. 1 ст. 2 ГК РФ, описывающий отношения, регулируемые гражданским законодательством. Хотя и неочевидная с точки зрения обоснования, содержательно позиция о несохранении процессуальных свойств реализации материального права при уступке, если такие свойства касаются процессуальных аспектов рассмотрения спора в государственных судах, в настоящее время преобладает.

Второе наблюдение касается обоих изложенных правил. В отношении потребительского штрафа Верховный Суд РФ установил, что если о взыскании штрафа вынесен судебный акт (т.е. речь идет о «просуженном штрафе»), то уступка допускается. Если же судебный акт не вынесен, то уступка невозможна, что обосновывается так же ссылкой на ст. 383 ГК РФ.

В литературе предпринималась попытка истолковать эти правила п. 71 Постановления об ОСАГО ограничительно: высказана версия, что Верховный Суд РФ мог иметь в виду только ситуации «сепаратной уступки», т.е. уступки права на потребительский штраф без уступки требования того денежного взыскания, которое причиталось потреби-

сийской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» // Бюллетень ВС РФ. 2018. № 3 (далее – Постановление о перемене лиц в обязательстве).

[1] Обоснование неспособности к переходу процессуальных прав посредством ссылки на ст. 383 Гражданского кодекса РФ является в определенной степени традиционным: см. п. 19 ранее действовавшего постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 января 2015 г. № 2 «О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств». См. также: *Сироткина А.А.* Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ об обязательном автостраховании // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 6.

телю и осталось неудовлетворенным добровольно[1]. Иными словами, разъяснению в п. 71 Постановления об ОСАГО пытались придать следующий смысл: если потребительский штраф уступлен вместе с тем требованием, неудовлетворение которого дало основание для возникновения потребительского штрафа (например, требование о выплате страхового возмещения, или убытков или неустойки), то их уступка не ограничена. Если же потребительский штраф уступается без основного денежного требования, то это допускается лишь для уже «просуженного» потребительского штрафа.

После принятия п. 71 Постановления об ОСАГО как минимум дважды Верховный Суд РФ в лице Судебной коллегии по экономическим спорам признавал, что уступка права требовать взыскания потребительского штрафа допустима, если это сопровождается уступкой не удовлетворенных предпринимателем добровольно требований. В этих делах речь шла о договорах долевого участия в строительстве: застройщик нарушил срок строительства, а граждане, получившие квартиры с просрочкой, уступили право требовать уплаты законных неустоек и потребительских штрафов юридическим лицам[2]. В этих делах договоры уступки права требовать неустоек и потребительских штрафов не прошли государственную регистрацию, и Коллегию, как следует из текста Определения, больше интересовал именно этот вопрос. При этом довод об уступаемости потребительского штрафа был заявлен кассаторами, поэтому Коллегия уделила внимание и этому доводу.

Коллегия указала, что право на потребительский штраф может быть передано по договору уступки. Коллегия при этом сослалась на Обзор судебной практики Верховного Суда РФ, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 25 ноября 2015 г.[3] (далее – Обзор 2015 г.), имея в виду дело из п. 1 практики Судебной коллегии по гражданским делам.

---

[1] *Байбак В.В. и др.* Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 2; 2018. № 3 (Комментарий к п. 9 и сн. 8. Авторы комментария – В.В. Байбак и А.Г. Карапетов) (СПС «Гарант».).

[2] См.: определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28 мая 2018 г. № 306-ЭС17-12245 и № 305-ЭС17-14583, а также комментарий А.Н. Латыева к указанным определениям: *Латыев А.Н.* Уступка требований из договора участия в долевом строительстве: Верховный Суд уточняет свою позицию: комментарий к определениям Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28 мая 2018 г. № 306-ЭС17-12245 и № 305-ЭС17-14583 // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 10.

[3] Бюллетень ВС РФ. 2016 г. № 3, 4.

В этом деле уступка права по договору долевого участия в строительстве произошла уже в период просрочки застройщика, а цессионарий после получения квартиры обратился с требованием о взыскании неустойки как за время, когда кредитором являлся цедент, так и за время, когда кредитором являлся цессионарий. Апелляционный суд счел, что права цессионария как потребителя нарушались только в период, когда он являлся кредитором, и взыскал неустойку и потребительский штраф только за период времени после уступки. Судебная коллегия по гражданским делам с этим не согласилась и указала, что право на неустойку может быть уступлено, а поэтому основания для отказа во взыскании неустойки за период, пока кредитором являлся цедент, отсутствовали. В результате Коллегия вернула спор на новое рассмотрение и в части неустойки за период, пока кредитором являлся цедент, и, что важно, в части потребительского штрафа.

Судебная коллегия по экономическим спорам, видимо, в ходе анализа дела из Обзора 2015 г. сочла, что если бы право на потребительский штраф было бы неуступаемым, то Судебная коллегия по гражданским делам рассмотрела бы спор иначе: спор был бы возвращен на новое рассмотрение только в части неустойки, а вот в части потребительского штрафа апелляционное определение было бы, вероятно, оставлено без изменения[1].

Таким образом, синтез правовых позиций п. 71 Постановления об ОСАГО и двух приведенных выше определений Судебной коллегии по экономическим спорам привел бы к формированию следующего правила: право на взыскание потребительского штрафа не может быть уступлено в отрыве от того денежного требования, за отказ добровольно удовлетворить которое истребуется потребительский штраф, если не вынесено решение о взыскании такого штрафа[2].

Кроме того, в этих делах Коллегия сослалась на п. 14 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 октября 2007 г. № 120[3] (далее – Информационное письмо № 120), в соответствии с которым должник не вправе ссылаться на недействительность сделки уступки, если он не обосновал, как уступка влияет на права должника. Со ссылкой на п. 2, 20 Постановления о перемене лиц в обязательстве

[1] Поэтому сложно согласиться с выводом А.Н. Латыева о том, что ссылка Судебной коллегии по экономическим спорам в двух приведенных выше делах на Обзор 2015 г. является абсолютно нерелевантной. См.: *Латыев А.Н.* Указ. соч.

[2] Такое «щадящее» толкование совпало бы с выводом В.В. Байбака и А.Г. Карапетова.

[3] Вестник ВАС РФ. 2008. № 1.

и п. 5 ст. 166 ГК РФ Коллегия отметила, что поведение должника, ссылающегося на недействительность уступки потребительского штрафа, но при этом не исполнившего обязанность ни цеденту, ни цессионарию, подлежит оценке на предмет добросовестности.

Жанр Постановления Пленума не предполагает более или менее развернутого (а иногда и какого-либо) объяснения правовых позиций Верховного Суда РФ. Обзор 2015 г., как было показано выше, в принципе не исключает уступку потребительского штрафа, а поэтому искать в нем обоснование тезиса об ограниченной уступаемости потребительских штрафов было бы неправильно. Объяснение – с последующей модификацией правила о неуступаемости потребительского штрафа – находится в п. 15 Обзора судебной практики по делам о защите прав потребителей, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 14 октября 2020 г.[1] (далее – Обзор 2020 г.).

Тезис пункта сформулирован следующим образом: «Право на штраф за отказ добровольно удовлетворить законные требования потребителя может перейти по договору цессии после его присуждения цеденту-потребителю, а также в случае, когда в результате уступки цессионарий сам становится потребителем».

Факты дела, рассмотренного в этом пункте, таковы. Авакян и АО «Страховая компания «МетЛайн» (далее – СК «МетЛайн) заключили договор личного страхования. В период страховой защиты Авакян попал в дорожно-транспортное происшествие, в результате которого стал инвалидом II группы, что являлось страховым случаем по договору страхования. Авакян обратился с иском к СК «МетЛайф» о взыскании страхового возмещения и потребительского штрафа. Общий размер страховой суммы составил около 19,9 млн руб. В ходе рассмотрения дела в суде первой инстанции было произведено правопреемство в части 3 млн руб., уступленное Авакяном Ярославцеву. Суд первой инстанции взыскал в пользу Авакяна 16,9 млн руб. страхового возмещения, 0,1 млн руб. морального вреда, 4 млн руб. процентов (промежуточный итог 21 млн руб.) и, применив предварительно ст. 333 ГК РФ, 6 млн руб. потребительского штрафа. В пользу Ярославцева было взыскано 3 млн руб. страхового возмещения. Апелляционный суд, установив, что СК «МетЛайф» не заявляла о снижении неустойки в суде первой инстанции, довзыскал потребительский штраф до 10,5 млн руб. в пользу Авакяна и 1,5 млн руб. в пользу Ярославцева.

[1] Опубликован на сайте Верховного Суда РФ: https://vsrf.ru/documents/thematics/29317/

Верховный Суд РФ, указав на невозможность уступки права требовать потребительского штрафа, отменил решение в части взыскания 1,5 млн руб. потребительского штрафа в пользу Ярославцева и в этой части в иске отказал.

Мотивы, представленные в указанном Обзоре, сводятся к четырем обстоятельствам:

– потребительский штраф взыскивается судом «автоматически», без предъявления самостоятельного иска, таким образом, «в отличие от общих правил начисления и взыскания неустойки (штрафов, пени) право на присуждение предусмотренного п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей штрафа возникает не в момент нарушения... обязанности добровольно удовлетворить требования потребителя, а в момент удовлетворения судом требований потребителя и присуждения ему денежных сумм»;

– необходимым условием для взыскания потребительского штрафа является денежное присуждение истцу, например, убытков, неустойки, морального вреда;

– объем потребительского штрафа «определяется не в момент нарушения изготовителем (исполнителем, продавцом, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером) обязанности добровольно удовлетворить законные требования потребителя, а в момент присуждения судом денежных сумм потребителю»;

– объем потребительского штрафа «зависит не от обстоятельств нарушения названной выше обязанности (объема неисполненных требований потребителя, длительности нарушения и т.п.), а исключительно от размера присужденных потребителю денежных сумм, однако он [объем] может быть уменьшен по общим правилам ст. 333 ГК РФ».

Представляется, что эти обстоятельства не могут обосновывать тезис п. 15 Обзора 2020 г.

Первый аргумент – об «автоматизме» присуждения потребительского штрафа. В литературе уже было отмечено, что этот «автоматизм» явился следствием стечения обстоятельств, когда потребительский штраф из публично-правового наказания, присуждаемого в пользу соответствующего бюджета, превратился в частноправовой штраф, подлежащий выплате истцу[1]. Также в литературе неоднократно отмечалось, что «автоматизм» присуждения действительно ставит определенную

[1] См., например: *Будылин С.Л.* Штрафные убытки. Теперь и в России? // Вестник гражданского права. 2013. № 4.

проблему: потребительский штраф оказывается как минимум необычным гражданско-правовым обязательством, в отношении которого несколько искаженно действует судебный механизм взыскания как признак метода гражданско-правового регулирования[1]. Если по общему правилу процессуальная диспозитивность может быть рассмотрена как продолжение материально-правовой диспозитивности, то применительно к «потребительскому штрафу» отсутствие процессуальной диспозитивности действительно выглядит необычно.

Однако позволяет ли это исторически случайное и сугубо процессуальное указание вывести потребительский штраф из сферы гражданского права? Ответ кажется отрицательным по нескольким причинам. Сохранение правила об «автоматизме» взыскания потребительского штрафа, если попытаться реконструировать логику появления этого правила, более вероятно, было вызвано намерением усиленной защиты потребителя. Если потребитель не знал о существовании потребительского штрафа или забыл попросить о его взыскании, то показалось более верным решение производить взыскание, чем обрекать потерпевшего еще на один процесс. Соображения процессуальной экономии, вероятно, также имели место.

Если такое предположение о намерении законодателя верно, то делать из него вывод, направленный против потребителя (а запрет уступаемости или любое ее ограничение бесспорно направлены во вред потребителю), представляется необоснованным.

Далее, в российской литературе уже было неоднократно отмечено сходство потребительского штрафа с институтом «штрафных убытков», известным некоторым зарубежным правопорядкам[2]. При всем своеобразии штрафных убытков и известных направлениях критики этого явления[3] то, что у гражданско-правовой ответственности есть функция или по крайней мере побочный эффект превенции, в целом признается[4].

---

[1] *Краснова С.А.* Сверхкомпенсационная защита в российском гражданском праве: формы и пределы // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 1. С. 68–110.

[2] *Будылин С.Л.* Указ. соч.

[3] *Кодиоль Х.* Традиционный подход к превенции в деликтном праве // Вестник гражданского права. 2014. № 5.

[4] Так, В.П. Грибанов выделял не только компенсационные (носящие «компенсационно-возместительный» характер), но и, помимо прочего, штрафные гражданско-правовые санкции, указывая, что они применяются независимо от наличия убытков (*Грибанов В.П.* Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 315–316).

Основания присуждения потребительского штрафа достаточно специфичны. В практике сформировался подход, согласно которому штраф подлежит взысканию в двух случаях: если требование потребителя не было удовлетворено добровольно или если оно было удовлетворено добровольно в ходе рассмотрения дела судом и при этом истец не отказался от иска. Возникает определенная проблема с соотношением потребительского штрафа и права на судебную защиту: что если в спорных ситуациях продавец, производитель, исполнитель добросовестно полагают себя необязанными исполнять требования потребителя, представляют соответствующие доказательства, однако суд в итоге оказывается на стороне потребителя? Получается, что неотъемлемые процессуальные права предпринимателя (право на справедливый суд, в том числе право быть выслушанным) оказываются «платными» (не только в размере разумных судебных расходов победителя, как обычно, но и в сумме 50% от не удовлетворенного добровольно требования) вне зависимости от того, действовал ли предприниматель виновно или, скажем, не совпал с судом в оценке доказательств, или оказался жертвой появления новой судебной практики на примере его дела.

По всей видимости, здесь уместно говорить о строгой (безвиновной) ответственности: предприниматель несет риск уплаты потребительского штрафа в силу вида своей деятельности, частью которой являются суды с потребителями. Ответственность является строгой именно потому, что нарушение интересов потребителей посредством неудовлетворения их, как позже установит суд, законных требований является необходимым элементом работы предпринимателя. Можно провести отдаленную аналогию с источником повышенной опасности: владелец платит за вред не потому, что он делает что-то осуждаемое, а потому, что его деятельность, в целом одобряемая, объективно вредоносна. Из этого, видимо, исходит и Конституционный Суд РФ, указывая, что потребительский штраф установлен для того, чтобы стимулировать предпринимателя к добровольному удовлетворению требований потребителя[1]. Можно сказать, что правило о потребительском штрафе является своего рода российской принудительной медиацией: предпринимателю предлагается под угрозой такого штрафа инвестировать средства в рассмотрение требования потребителей и не доводить до суда, даже если эти требования сформулированы неясно, не подтверждены

[1] См., например: определение Конституционного Суда РФ от 22 апреля 2014 г. № 981-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мичуриной Ксении Александровны на нарушение ее конституционных прав абзацем первым пункта 6 статьи 13 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей»».

доказательствами, спорны по праву. В результате предприниматель, который отнесся к этому предложению законодателя внимательнее, заплатит меньше, чем пренебрегший этим пожеланием.

При попытке вывести потребительский штраф за рамки гражданского права возникнет вопрос о том, какая отрасль российского права могла бы «подхватить» этот институт. В этом варианте возникнет масса практических вопросов: что происходит с потребительским штрафом в случае смерти кредитора, можно ли прекратить потребительский штраф прощением долга, новацией, отступным и др., возможен ли перевод долга с согласия кредитора?

Сам Верховный Суд РФ даже в Обзоре 2020 г. не идет настолько далеко, чтобы вывести потребительский штраф из сферы гражданско-правового регулирования: Суд подтверждает, что потребительский штраф может быть снижен исходя из нормы ст. 333 ГК РФ (а не исходя, например, из какой-то очень далекой аналогии со ст. 64 Уголовного кодекса РФ о наказании ниже низшего предела или ч. 3.2 ст. 4.1 Кодекса РФ об административных правонарушениях, если всерьез рассматривать версию о публично-правовой природе потребительского штрафа и попытаться подобрать какую-то «подходящую» отрасль права).

Исходя из изложенного представляется, что, во-первых, «автоматизм» начисления потребительского штрафа кажется недостаточным аргументом против гражданско-правовой природы потребительского штрафа; во-вторых, не свидетельствует об ограничениях уступаемости потребительского штрафа, понимаемого в логике специфической, но гражданско-правовой конструкции.

Далее Верховный Суд РФ из суждения об «автоматизме» взыскания потребительского штрафа делает вывод о том, что право на потребительский штраф возникает не в момент нарушения обязанности добровольно удовлетворить требования потребителя, а в момент, когда суд осуществит присуждение основных денежных сумм (убытков, неустойки, морального вреда). Суд однозначно высказывается таким образом, что право на потребительский штраф не возникает до того момента, как суд присудит предпринимателя к уплате по основному денежному обязательству[1].

[1] Не исключено, что логика «отложенного» возникновения права (не в момент причинения вреда, а в момент присуждения) была в ряду аргументов, которые в итоге привели, на наш взгляд, к ошибочному решению в п. 57 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (Бюллетень ВС РФ. 2016 г. № 5), в результате которого теперь с точки зре-

С теоретической точки зрения обосновать этот вывод достаточно сложно. Решение суда по иску о присуждении не создает новое материально-правовое отношение и не является юридическим фактом гражданского права, поскольку лишь фиксирует имевшиеся (пусть субъективно неопределенные, вызывавшие споры у сторон) материальные правоотношения. Неясно, по каким причинам судебное решение о взыскании с предпринимателя, к примеру, стоимости возвращенного некачественного товара будет в изъятие из общего правила создавать новое гражданско-правовое обязательство – обязательство по оплате потребительского штрафа.

Наконец, даже если *arguendo* принять высказанное в Обзоре 2020 г. воззрение о том, что право на потребительский штраф возникает в момент «основного» денежного присуждения, возникает вопрос: является ли это препятствием для уступки права на потребительский штраф? Ответ Верховного Суда РФ обнаруживается в п. 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21 января 2016 г. № 1 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении издержек, связанных с рассмотрением дела»[1] (далее – Постановление о судебных издержках), где сказано буквально следующее: «Переход права, защищаемого в суде, в порядке универсального или сингулярного правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица, переход права собственности на вещь, уступка права требования и пр.) влечет переход права на возмещение судебных издержек, поскольку право на такое возмещение не связано неразрывно с личностью участника процесса (статьи 58, 382, 383, 1112 ГК РФ)... Уступка права на возмещение судебных издержек как такового допускается не только после их присуждения лицу, участвующему в деле, но и в период рассмотрения дела судом (статьи 382, 383, 388.1 ГК РФ). Заключение указанного соглашения до присуждения судебных издержек не влечет процессуальную замену лица, участвующего в деле и уступившего право на возмещение судебных издержек, его правопреемником, поскольку такое право возникает и переходит к правопреемнику лишь в момент присуждения судебных издержек в пользу правопредшественника (пункт 2 статьи 388.1 ГК РФ)».

Следовательно, Пленум Верховного Суда РФ исходит из того, что несуществование права на момент соглашения об уступке не делает

ния процентов по ст. 395 ГК РФ нарушителю выгоднее украсть деньги, чем не возвращать причитающийся кредитору долг.

[1] Бюллетень ВС РФ. 2016. № 4.

его недействительным – оно лишь превращает соглашение, которое стороны, быть может, полагали соглашением об уступке существующего права, в соглашение об уступке будущего права[1]. Это будущее право в силу п. 2 ст. 388.1 ГК РФ перейдет к цессионарию, если к этому отсутствуют иные препятствия. Следовательно, эта часть аргументации, предложенной в п. 15 Обзора 2020 г., бьет мимо цели: даже если верно, что право на потребительский штраф возникает вместе с присуждением «основного денежного взыскания», из этого не следует какое-либо ограничение уступаемости такого права. Вопрос о моменте возникновения обязательства и вопрос о тесной связи с личностью – это разные вопросы.

Как было показано выше, «автоматизм» взыскания, хотя и создает определенные сложности, не исключает квалификации потребительского штрафа как ответственности, которая наступает за состав гражданского правонарушения. Состав правонарушения является здесь неполным: достаточно лишь противоправного поведения, выражающегося в неудовлетворении требования потребителя до начала судебного процесса; не требуются вред (поскольку сумма взыскания определена в законе как штрафная неустойка) и вина предпринимателя. Однако гражданско-правовая ответственность в виде потребительского штрафа возникнет в момент гражданского правонарушения, а не в момент, когда по нарушенному обязательству будет произведено присуждение.

Второе обстоятельство, отмеченное Верховным Судом РФ в Обзоре 2020 г., описано так: «Необходимым условием для взыскания данного штрафа является не только нарушение изготовителем (исполнителем, продавцом, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером) права потребителя

[1] Вопрос о том, в какой момент возникает право на возмещение судебных издержек, является спорным, однако в литературе указывается, что «отложенное» возникновение права на судебные издержки (т.е. не в момент их несения, а в момент разрешения спора по существу) обусловлено убедительными соображениями, в том числе из области процессуального права (в частности, неясно, как суд должен был бы разрешать иск о взыскании судебных издержек как убытков, пока не разрешен основной процесс, в котором эти издержки понесены), см., например: *Володарский Д.Б.* К вопросу о привлечении взыскателя к ответственности по ст. 395 ГК РФ за приведение в исполнение ошибочного судебного акта: комментарий к п. 59 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 11; *Ильин А.В.* К вопросу о допустимости квалификации судебных расходов в качестве убытков // Вестник гражданского права. 2011. № 6.

на добровольное удовлетворение его законных требований, но и присуждение судом каких-либо денежных сумм потребителю, включая основное требование, убытки, неустойку и компенсацию морального вреда».

Это суждение Верховного Суда РФ вызывает вопросы. Согласно позиции Верховного Суда РФ от 2017 г., выраженной в п. 10 Обзора судебной практики разрешения дел по спорам, возникающим в связи с участием граждан в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости (далее – Обзор по долевому строительству)[1], если требование потребителя удовлетворено предпринимателем в ходе рассмотрения дела в суде, то право на потребительский штраф не утрачивается в том случае, если потребитель не отказался от иска.

В Определении Судебной коллегии по гражданским делам, на основании которого составлен п. 15 Обзора 2020 г., за процитированным выше предложением, содержащимся в определении Коллегии и процитированном в Обзоре 2020 г., следует такой абзац: «По общему правилу в отсутствие присужденных потребителю денежных сумм (за исключением, например, случаев добровольной выплаты ответчиком после предъявления иска, но до вынесения судом решения денежных сумм не отказавшемуся от иска потребителю) названный выше штраф потребителю присужден быть не может»[2].

Таким образом, Судебная коллегия по гражданским делам прямо указывает на возможность взыскания потребительского штрафа в ситуации удовлетворения предпринимателем требований потребителя в ходе судебного процесса – в отличие от Президиума Верховного Суда РФ, утвердившего Обзор 2020 г.

Возникает вопрос, не имел ли в виду Президиум Верховного Суда РФ отступить от позиции, выраженной в п. 10 Обзора по долевому строительству 2017 г., и выразить новую позицию, согласно которой удовлетворение требования предпринимателем в ходе суда исключает потребительский штраф. Более уместным представляется отрицательный ответ. Во-первых, формулирование позиции, противоположной тезису ранее утвержденного Обзора практики, вряд ли возможно в тексте пункта последующего Обзора, практически *obiter dictum*. Во-вторых, если верно,

[1] Утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 19 июля 2017 г. // Бюллетень ВС РФ. 2018. № 9. См. также: *Латыев А.Н.* Указ. соч.

[2] Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 28 мая 2019 г. № 5-КГ19-52.

что в Обзоре практики Верховного Суда РФ фиксируются правовые позиции, высказанные коллегиями при рассмотрении конкретных дел, было бы неверно придавать Обзору практики смысл, противоречащий прямому высказыванию Коллегии.

Возвращаясь к самому обстоятельству, вынесенному в текст Обзора 2020 г., нельзя не признать, что с учетом определения Коллегии это обстоятельство не может свидетельствовать о способности или неспособности потребительского штрафа к переходу. Во-первых, как объяснила Коллегия, потребительский штраф может присуждаться как «в нагрузку» к основному взысканию, так и отдельно – в случае если предприниматель уплатил основную сумму требования после начала процесса. Во-вторых, ни в Определении Коллегии, ни в Обзоре 2020 г. не объяснено, почему одновременность присуждений по двум разным обязательствам приводит к выводу о том, что одно из этих обязательств не может быть уступлено. Эта «одновременность» могла бы свидетельствовать о том, что нельзя уступать обязательства одно без другого («сепаратная уступка»), как обсуждалось выше. Это было бы сомнительным с точки зрения догматики (неясно, почему два обязательства должны быть в одних руках), но могло бы иметь хоть какое-то обоснование исходя из исторического «автоматизма». Но эта «одновременность» присуждения не свидетельствует о невозможности уступки основного требования, не удовлетворенного предпринимателем добровольно, вместе с требованием об уплате потребительского штрафа.

Третье обстоятельство, претендующее на обоснование ограниченной уступаемости потребительского штрафа, в Обзоре 2020 г. сформулировано следующим образом: объем потребительского штрафа «определяется не в момент нарушения изготовителем (исполнителем, продавцом, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером) обязанности добровольно удовлетворить законные требования потребителя, а в момент присуждения судом денежных сумм потребителю».

Здесь, как и применительно к предыдущему наблюдению Обзора 2020 г., возникает вопрос о месте этого обстоятельства в системе аргументации основного тезиса. Когда определяется размер обязательства по уплате неустойки – в момент нарушения обязательства или в момент присуждения судом денежных сумм? Убытков? Да даже и долга по договору купли-продажи, когда не оплативший товар покупатель требует снижения цены ввиду поставки принятого покупателем некачественного товара? Во всех этих случаях определенность в вопросе

об объеме обязанности возникает в момент присуждения. Следует ли из этого, что нельзя уступать требования о неустойке, убытках, покупной цене? Ответ отрицательный. Следовательно, и это отмеченное в Обзоре 2020 г. обстоятельство не имеет отношения к вопросу о переходе права на потребительский штраф.

Четвертое обстоятельство, упомянутое в Обзоре 2020 г., – объем потребительского штрафа «зависит не от обстоятельств нарушения названной выше обязанности (объема неисполненных требований потребителя, длительности нарушения и т.п.), а исключительно от размера присужденных потребителю денежных сумм, однако он может быть уменьшен по общим правилам ст. 333 ГК РФ». Суд, таким образом, исходит из того, что размер потребительского штрафа зависит не от объема требований потребителя, а исключительно (так говорит Суд) от размера присуждения; здесь имеется в виду «основное» денежное присуждение, в частности, убытки, неустойка и др. Возникает два вопроса. Первый вопрос, отчасти затронутый выше, – что делать в ситуации, когда предприниматель удовлетворил требования потребителя после начала судебного процесса? Здесь вновь становится важным различие текстов Определения Судебной коллегии и Обзора 2020 г.: Коллегия, пусть в скобках, но оговорила, что бывают ситуации, когда суд взыскивает только потребительский штраф и отказывает в основном требовании, поскольку оно было удовлетворено в ходе суда. Стало быть, слово «исключительно» в цитированном фрагменте в Определении Коллегии лишнее, а в Обзоре 2020 г. – ошибочное.

Второй немаловажный вопрос: а от чего зависит размер «присужденных потребителю денежных сумм»? Суд очевидно имеет в виду долг предпринимателя, убытки и неустойку – разве не зависит размер «присужденных денежных сумм» (в гипотезе неисполнения предпринимателем требований потребителя) от состояния материальных правоотношений? Представляется, что указанных двух вопросов достаточно для того, чтобы признать, что приведенное суждение Обзора 2020 г. не обосновывает вывода о неспособности к переходу потребительского штрафа.

Таким образом, приходится заключить, что в Обзоре 2020 г. не содержится аргументов, которые могли бы обосновать неспособность потребительского штрафа к уступке[1].

[1] См. по вопросу также недавнее определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2019 г. № 3-О «По запросу Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда о проверке конституционности статьи 383 Гражданского кодекса Российской Федерации и абзаца первого пункта 6 статьи 13 Закона Российской Федерации «О защите прав

Пункт 15 Обзора 2020 г. и положенное в его основу Определение Коллегии интересны еще и местом ст. 383 ГК РФ в обосновании неспособности права к уступке. Перечисленные выше четыре обстоятельства в Обзоре предваряют ссылку на п. 71 Постановления об ОСАГО, в котором в свою очередь находится ссылка на ст. 383 ГК РФ. Как известно, в силу этой короткой нормы переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности, требований об алиментах и о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, не допускается.

Статья 383 ГК, расположенная в п. 1 § 1 гл. 24, и систематически и по ее буквальному тексту посвящена двум случаям перехода прав: в порядке универсального правопреемства (чаще всего наследование) и сингулярного (чаще всего уступка). А коль скоро Обзор 2020 г., комментируя рассматриваемое дело, подводит описанные выше четыре обстоятельства к выводу, содержащемуся в п. 71 Постановления об ОСАГО и сделанному со ссылкой на ст. 383 ГК РФ, следовало бы заключить, что, исходя из логики Обзора 2020 г., и универсальное правопреемство в праве на потребительский штраф невозможно.

Однако это, видимо, не так. В п. 3 Обзора практики рассмотрения судами споров, возникающих из отношений по добровольному личному страхованию, связанному с предоставлением потребительского кредита[1] (далее – Обзор по потребительским кредитам), Суд рассматривал следующую ситуацию: заемщик застраховал жизнь в пользу банка и умер. После смерти заемщика страховая компания уплачивала выгодоприобретателю-банку страховое возмещение с просрочками по сравнению с графиком погашения кредита, банк зачел поступившие платежи сначала в счет процентов по кредиту, а поэтому наследник заемщика был вынужден доплатить сумму, равную сумме процентов, как остаток долга по кредиту. Наследник обратился с иском к страховой компании о возмещении убытков, равных доплаченной наследником банку сумме, а также морального вреда и потребительского штрафа. Нижестоящие суды взыскали только сумму убытков, а во взыскании компенсации морального вреда и потребительского штрафа отказали, так как истец не был ни страхователем, ни выгодоприобретателем

потребителей»» (СПС «Гарант»), а также весьма интересные рассуждения коллегии судей под председательством В.В. Галова, поставившей этот вопрос перед Конституционным Судом РФ: Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 19 марта 2019 г. № 15АП-15306/2018 по делу № А01-3025/2017.

[1] Утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 5 июня 2019 г. // Бюллетень ВС РФ. 2019. № 11.

по договору страхования. Верховный Суд РФ акты нижестоящих судов отменил, указав, что к истцу как к наследнику перешло право требовать исполнения договора страхования, а следовательно, на отношения истца и страховой компании распространяется действие Закона о защите прав потребителей, поэтому основания для отказа во взыскании морального вреда и потребительского штрафа в пользу истца отсутствовали.

Интересно, что здесь обнаруживается некоторое противоречие в позиции Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ. В деле из Обзора по потребительским кредитам суд счел, что наследник, в период жизни которого страховая компания несвоевременно исполняла свои обязательства, сам является потребителем, а поэтому потребительский штраф в его пользу может быть взыскан. Иными словами, страхование жизни как услуга, в логике данного дела, не заканчивается истечением «страховой защиты» и не исчерпывается наступлением страхового случая, напротив, потребительские отношения простираются и на период выплат страховщиком страхового возмещения, и взыскание убытков, причиненных поздними выплатами, находится в сфере действия Закона о защите прав потребителей. Это кажется вполне логичным: навряд ли финансовую услугу, к которой принято относить страхование, можно при наступлении страхового случая считать оказанной до того, как выплачено страховое возмещение. Однако в деле из Обзора 2020 г. логика Суда кажется противоположной: Ярославцев, получивший право требования на 3 млн руб., которое не удовлетворялось ни до, ни после уступки, почему-то не признан потребителем, хотя индикаторов предпринимательской деятельности Ярославцева в тексте судебного акта не обнаружено.

Что такие требования, тесно связанные с личностью, в силу ст. 383 ГК РФ не могут переходить ни универсально, ни в порядке частного преемства, – вопрос, разумеется, дискуссионный. Пленум Верховного Суда РФ в п. 9 Постановления о перемене лиц в обязательстве ориентирует при применении этой нормы принимать во внимание существо уступаемого права и цель ограничения перемены лиц в обязательстве. Однако в Обзоре 2020 г. не приведено никаких оснований, которые относились бы к существу уступаемого права и цели ограничения перемены лиц в обязательстве. В отношении права требовать уплаты алиментов, приведенного в ст. 383 ГК РФ в качестве примера, такие основания можно обнаружить. В литературе указывается, что это право не может уступаться потому, что

требование об алиментах направлено на обеспечение определенного уровня жизни их получателю, уступка и в отношении начисленных, но не выплаченных, и в отношении будущих требований запрещается вследствие патернализма: для того, чтобы цедент не оказался в результате уступки обеспечен хуже, чем если бы должник платил алименты непосредственно кредитору[1]. Наследование в отношении начислений на будущее время не допускается, потому что утрачивается цель алиментов – обеспечение уровня жизни к тому моменту покойного кредитора. Преемство же в отношении уже начисленных, но не выплаченных алиментов, видимо, все-таки должно допускаться, но со ссылкой на ст. 1183 ГК РФ[2].

Верховный Суд РФ в п. 15 Обзора 2020 г. прямо указывает, что если цессионарий становится потребителем, то уступка требования допускается. Получается, что право требовать уплаты потребительского штрафа толкуется как элемент правового статуса лица. Однако если помнить, что правило о недопустимости уступки потребительского штрафа подводится под ст. 383 ГК РФ, то можно прийти к довольно абсурдным выводам: получится, что право требовать, например, алиментов можно уступить другому лицу, если другое лицо тоже подпадает под категорию получателя алиментов. Иными словами, один нетрудоспособный родитель может уступить другому нетрудоспособному родителю требование об уплате алиментов трудоспособным ребенком.

То же самое можно сказать и про второе исключение из заголовка п. 15 Обзора 2020 г., согласно которому уступка допускается, если потребительский штраф уже присужден. Учитывая, что и это исключение сделано якобы из запрета уступки по ст. 383 ГК РФ, можно получить не менее ошибочные выводы, например, если суд на основании согла-

[1] *Сарбаш С.В.* Элементарная догматика обязательств. М., 2016. С. 215. Объяснение ст. 383 ГК РФ через патернализм страдает некоторым недостатком: ведь норма запрещает и сингулярное правопреемство (патернализм может быть аргументом), и универсальное (патернализм иррелевантен). С учетом этого ст. 383 ГК РФ могла бы быть истолкована в том смысле, что она лишь запрещает такие уступку и наследование, например, алиментных прав на будущее время, при которых основание для их начисления определялось бы по личности цессионария или наследника (например, 17-летний ребенок не может уступить право требовать алиментов 14-летнему так, чтобы продлить срок выплаты алиментов на три года).

[2] Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018. Комментарии к ст. 1112 (автор комментария – Е.Ю. Петров) и 1183 (автор комментария – Е.П. Путинцева).

шения о порядке общения с ребенком принял решение о присуждении уклоняющегося родителя обеспечить предусмотренный соглашением порядок общения с ребенком, то такое присужденное право может быть уступлено.

В целом нельзя не отметить, что выработанное судебной практикой правило о том, что переход некоторых прав, если они присуждены, допускается, является средством преодоления расширительного толкования ст. 383 ГК РФ. Это правило сформулировано на примере требований о взыскании вреда, причиненного жизни и здоровью (и отчасти морального вреда), и применялось в сфере наследования: если возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью, присуждено, то суды обходили ст. 383 ГК РФ, говоря, что после присуждения природа требования меняется. Этот ход судов был, как представляется, вынужденной реакцией на ситуации, когда наследодатель, потерпевший вред жизни и здоровью, добившийся решения о его присуждении, впоследствии умирал: решение об отказе в процессуальном правопреемстве было бы явно несправедливым, поскольку наследственная масса очевидно уменьшилась на сумму, равную понесенным расходам на лечение, которые, если бы потерпевший не умер, причинитель обязан был возместить[1]. Но такое решение, вызванное конкретной проблемой толкования ст. 383 ГК РФ и направленное на устранение явной несправедливости, едва ли следует повторять в тех ситуациях, когда предпосылки к этому отсутствуют.

Изложенное выше, как представляется, объясняет, что и п. 15 Обзора 2020 г., и положенное в его основу Определение Судебной коллегии по гражданским делам нельзя признать правильными, не в последнюю очередь с позиции внутренней непротиворечивости позиций Верховного Суда РФ. Как было сказано ранее, в этом деле Верховный Суд РФ отменил решение апелляционного суда в части взыскания 1,5 млн руб. в пользу Ярославцева и в этой части, не передавая дело на новое рассмотрение, принял решение об отказе в иске. Комментируемый пункт Обзора 2020 г. впал в противоречие с Обзором 2015 г., где допущена уступка потребительского штрафа в связи с неустойкой до даты уступки, и в противоречие с Обзором по потребительским кредитам, который допустил потребительский штраф за нарушение, совершенное в период принадлежности права наследнику.

[1] *Ягельницкий А.А.* К вопросу о неразрывной связи права с личностью: преемство вправе требовать компенсации морального вреда и вреда, причиненного жизни или здоровью // Вестник гражданского права. 2013. № 2.

По другим делам суды последовательно проводят логику, заложенную п. 14 Информационного письма № 120 и продолженную в п. 2, 20 Постановления о перемене лиц в обязательстве, в соответствии с которой возражение должника о ничтожности уступки не должно приниматься во внимание, если должник не обоснует и не докажет, как уступка нарушает его права. Получается, что в вопросе об уступке потребительского штрафа Верховный Суд РФ сформулировал ничем не обоснованное исключение из этой логики; продавец, производитель, исполнитель и др. в позиции должника оказались в лучшем положении, чем другие должники в аналогичных правовых ситуациях.

Если верен тезис Обзора 2020 г., согласно которому присужденный потребительский штраф может быть передан в порядке цессии, и при этом следовать логике п. 9 Постановления о судебных издержках, то потребительский штраф в сумме 1,5 млн руб. должен был быть присужден Авакяну. Против этого можно было бы возразить, что Авакян, вероятно, не предъявлял требование о потребительском штрафе в размере присуждения. На это можно было бы ответить, что «автоматизм» потребительского штрафа позволял Верховному Суду РФ предпринять одно из двух действий: отменив апелляционное определение о взыскании 1,5 млн руб. Ярославцеву, тут же взыскать его в пользу Авакяна; или, отменив апелляционное определение в этой же части, направить в суд нижестоящей инстанции с указанием разобраться, кому следовало бы присудить потребительский штраф. Верховный Суд РФ в этой части в иске отказал; это, как кажется, оставляет открытым вопрос о том, может ли Авакян, несмотря на «автоматизм», обратиться к СК «МетЛайф» с отдельным иском о довзыскании 1,5 млн руб. потребительского штрафа[1].

Возможно, позиция Верховного Суда РФ была отчасти вдохновлена декларируемой сверхкомпенсацией потребителя и ущемленным поло-

[1] Примечательно, что в п. 4 Постановления о перемене лиц в обязательстве Верховный Суд РФ затрагивает вопрос об изменении потребительского статуса кредитора при уступке. Однако здесь Верховный Суд РФ анализирует только вопрос о «приращении» прав при уступке: если цедент-непотребитель уступил цессионарию-потребителю, то у цессионария потребительские права возникают. Представляется, что это разъяснение было бы правильнее толковать в том ключе, что цессионарий-потребитель может пользоваться расширенной защитой постольку, поскольку должник и цедент-непотребитель при заключении договора исходили из того, что права по договору могут быть уступлены потребителю (а в случае с долевым участием – были убеждены, что цедент-непотребитель будет уступать права из основного договора о продаже квартиры потребителю). Однако Постановление о перемене лиц ничего не говорит об «отщеплении» прав в случае, если цедент-потребитель уступил цессионарию-непотребителю.

жением предпринимателя в потребительских отношениях[1]. Но нельзя не отметить, что, несмотря на эту декларацию, эмпирические подтверждения сверхкомпенсации потребителя и более ущемленного положения предпринимателя, чем, к примеру, в западноевропейских странах, широкой общественности неизвестны. То, что нежелание некоторых потребителей обращаться в суд, ограничения на взыскание судебных расходов, сложности в доказывании и ограниченность по размеру отдельных видов возмещений, которые снижают стремление предпринимателя к соблюдению интересов потребителя, в совокупности оказываются менее значимыми факторами, чем потребительский штраф, повышающий мотивацию к соблюдению закона, вряд ли может быть принято на веру. Даже если это так, то центром удара должна была стать сама норма п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей, а не ограничения уступаемости предусмотренного ею потребительского штрафа. Далее, если практика ограниченного возмещения уступленных потребительских штрафов вызвана негативным отношением к скупщикам требований (так называемые автоюристы и др.), то конституционность такого мотива может быть поставлена под сомнение ввиду принципа свободы экономической деятельности (ч. 1 ст. 8 Конституции РФ).

Эффект занятой Верховным Судом РФ позиции, как представляется, мог бы быть двояким. Во-первых, запрет уступки гипотетически привел бы к тому, что потребитель, у которого есть требование к предпринимателю, теперь может продать его немного дешевле. Если раньше гипотетический покупатель требования мог рассчитывать на пусть сниженный, потребительский штраф и предложить больше, то теперь он не будет этого делать[2]. Во-вторых, в реальности, кажется, информированные потребитель и потенциальный покупатель требования теперь, наверное, будут вместо уступки совершать какую-то другую комбинацию сделок, более вероятно, договор поручения с гонораром успеха. В большинстве случаев это, скорее всего, приведет к тому же хозяйственному результату (среди отличий можно отметить то, что теперь потребитель-гражданин будет вынужден нотариально удостове-

[1] См., например: *Краснова А.С.* Указ. соч.

[2] Возможно, в практике появятся дела об «обратной продаже» требования потребителю с тем, чтобы «воскресить» потребительский штраф подобно тому, как ранее принятое Высшим Арбитражным Судом РФ решение о неспособности к переходу права на оспаривание сделок и (или) корпоративных решений вместе с правом на акцию породило группу дел с обратной продажей акций лицам, в бытность которых акционерами были совершены оспариваемые сделки или корпоративные акты.

рять доверенности на сотрудников «автоюриста» и пытаться взыскать расходы на нотариальное удостоверение как судебные). Поэтому реальный эффект занятой Верховным Судом РФ позиции представляется лишь кратковременным: в случаях, если уступка произошла и дело рассматривается судом, потребительский штраф «сгорит»; на будущее потребители и условные «автоюристы» воздержатся от уступки.

Досадно, что этот кратковременный эффект достигнут путем, как представляется, ошибочной квалификации потребительского штрафа как ограниченно уступаемого требования, возникающего в момент присуждения.

# ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВ

**Н.В. Козлова, С.Ю. Филиппова**

## ЭВОЛЮЦИЯ ПРИНЦИПОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ[1]

Понимание сущности и значения любого института гражданского права невозможно без выявления принципов, на которых основан этот институт. В.П. Грибанов указывал, что правовые принципы представляют собой руководящие положения права, его «основные начала, выражающие объективные закономерности, тенденции и потребности общества, определяющие сущность всей системы, отрасли или института права и имеющие в силу их правового закрепления общеобязательное значение»[2]. Правовые принципы имеют огромное воспитательное значение, играют важную роль в формировании правосознания. Они выражают сущность права, определяют характер толкования и применения правовых норм, обеспечивают разрешение споров, возникших из отношений, не урегулированных нормами права. Поэтому выяснение правовых принципов имеет большое научное и практическое значение[3].

Институт регистрации юридических лиц известен большинству современных правопорядков. В разных странах ей придается различное значение. Конститутивной называют регистрацию, осуществление ко-

[1] Статья подготовлена при информационной поддержке компаний «Консультант Плюс» и «Гарант».

[2] См.: *Грибанов В.П.* Принципы осуществления гражданских прав // *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 223.

[3] См. там же. С. 214.

торой имеет правоустанавливающее значение как юридический факт, на основании и с момента совершения которой возникает правоспособность юридического лица. Регистрация имеет декларативное значение, если организация может быть признана юридическим лицом независимо от регистрации. В литературе выделяются принципы регистрации: публичность, общеизвестность и достоверность внесенных в реестр сведений. Под принципом публичности понимают доступность каждому желающему возможности ознакомиться с внесенными в реестр сведениями. Принцип общеизвестности состоит в том, что любой субъект считается осведомленным о сведениях, внесенных о юридическом лице в реестр, что лишает этого субъекта возможности ссылаться на незнание информации, содержащейся в реестре. Принцип достоверности образует презумпцию правильности записей, содержащихся в реестре, которая может быть опровергнута только в судебном порядке[1].

В российской правовой системе государственная регистрация юридических лиц получила законодательное закрепление сравнительно недавно и неоднократно реформировалась. Возникает вопрос: можно ли обнаружить в современном российском праве принципы публичности, общеизвестности и достоверности регистрации юридических лиц в приведенном выше смысловом значении? Для этого необходимо проследить возникновение и развитие этих принципов на отдельных этапах отечественной истории.

Объединения лиц для торговли и промысла известны с древнейших времен. Изначально они создавались на основе договоров, а отношения между участниками регулировались нормами обычного права[2]. Момент возникновения и прекращения этих объединений формально не фиксировался.

Одним из первых нормативных правовых актов, регламентировавших создание юридических лиц, был Манифест Императора Александра I от 1 января 1807 г.[3] Торговый дом принимал «гражданское и торго-

[1] См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров: в 2 т. Т. 1. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 186–187.

[2] См.: *Козлова Н.В.* Учредительный договор о создании коммерческих обществ и товариществ. М., 1994. С. 11; *Она же*. Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории. М., 2003. С. 78–84; *Козлова Н.В., Филиппова С.Ю.* Обычай в гражданском праве // Журнал российского права. 2019. № 1. С. 62–72.

[3] См.: Манифест Императора Александра I от 1 января 1807 г. «О дарованных купечеству новых выгодах, отличиях, преимуществах и новых способах к распространению и усилению торговых предприятий» // Полное собрание законов Российской империи. Т. XXIX. С. 971–979.

вое знаменование», когда вносил в Магистрат и Думу выписку из своих взаимных постановлений, оповещая об этом купечество печатными листами (ст. 5 Манифеста). Позднее правила о представлении выписок были включены в Торговый устав[1]. Лица, открывающие торговый дом на правилах полного товарищества, обязаны внести в городскую или купеческую управу выписку из своих взаимных постановлений о товариществе. Выписки содержали: указание на род товарищества; имя, отчество, прозвание, звание, место жительства всех товарищей; подпись и печать товарищей, уполномоченных распоряжаться делами товарищества; количество капитала (ст. 59, 60 Торгового устава).

Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, русскому праву не была «известна регистрация товариществ в том виде, как она установлена в западных законодательствах». Закон не требовал, чтобы сведения, содержащиеся в выписках из постановлений товарищества, «подлежали гласности». Однако заинтересованным лицам дозволялось знакомиться с выписками в присутственные часы. Отсутствие возможности обозреть выписки сводило бы их значение к простой статистике. Помимо выписок, требовались «циркуляры» – печатные листы, в которых торговый дом оповещал о своем открытии и возникновении. Закон не регламентировал содержание циркуляров. По обычаям, циркуляр должен был соответствовать выписке, при расхождении содержания выписки и циркуляра третьи лица могли выбирать документ, наиболее для них выгодный[2].

В отличие от слабо формализованного порядка создания товариществ в отношении акционерных компаний в России до XX в. действовала концессионная система учреждения. Проект компании предварительно рассматривался правительством на предмет отсутствия противоречия «общим условиям государственного благоустройства». Выяснялось, «заключает ли он в себе условия экономического успеха и полной состоятельности», «не угрожает ли он каким-либо посторонним законным интересам», «соответствует ли потребностям денежного рынка»[3]. Если проект соответствовал указанным требованиям, принималось решение о регистрации компании. Как видим, для акционерных обществ существовало некое подобие регистрации, тогда как для других юридических лиц полноценная система регистрации отсутствовала.

[1] Том XI ч. 2 Свода законов Российской империи.

[2] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т.1. М., 2003. С. 309.

[3] См.: *Тарасов И.Т.* Учение об акционерных компаниях. М., 2000. С. 178.

Необходимость модернизации торговой регистрации юридических лиц активно обсуждалась в конце XIX в. Дискутировались вопросы о регистрирующих органах, о значении регистрации и др. П.А. Писемский указывал, что русское законодательство не предоставляет формального акта, «с которым был бы связан момент окончательного возникновения общества». Необходимо, чтобы законодательство восполнило этот недостаток, обозначив момент возникновения акционерной компании, как любого другого юридического лица, каким-либо формальным актом[1].

Учеными предлагались разные концепции, отражающие их представления о сущности и значении регистрации юридических лиц. Было разработано несколько проектов Положения о торговой записи (1883, 1887, 1889 гг.). Согласно первому проекту для третьих лиц решающее значение имело не само по себе внесение записи, а «получение публикации в месте пребывания». Второй проект предлагал вести регистры при коммерческих и окружных судах. Согласно третьему проекту записи следовало вести в отделениях и конторах Государственного банка. Ни один из указанных проектов не был принят. Обосновывая необходимость установления единой системы регистрации юридических лиц, А.И. Каминка утверждал, что доверие к торговым предприятиям немыслимо без нормального опубликования тех фактов, которые являются основными для торговли: кому принадлежит предприятие, кто является участником товарищества, кто уполномочен на представительство владельцев предприятия. Этим задачам отвечает торговая регистрация. Частной инициативы публичного оглашения этих фактов на собраниях купечества недостаточно. Эти задачи должен принять на себя не суд и не банк, а особый орган публичной власти, ведающий торговлей на местах. Сведения о фирме предпринимателей, характере и составе товарищества, полномочия управляющих, другие сведения должны вноситься в торговый регистр. Этого требуют интересы широкой гласности. Для законодателя желательно участие органа публичной власти в проверке тех или иных обстоятельств, с которыми должно быть связано возникновение юридических отношений. Торговый регистр позволяет установить санкцию: поскольку данное отношение не внесено в регистр, законодатель считает его несуществующим[2].

[1] См.: *Писемский П.* Акционерные компании с точки зрения гражданского права. М., 1876. С. 80–81.

[2] См.: *Каминка А.И.* Очерки торгового права. М., 2007. С. 142–153.

После Октябрьской революции 1917 г. произошла кардинальная ломка всех ключевых институтов частного права[1]. Одним из первых, вслед за уничтожением права частной собственности на земельные участки, был разрушен институт юридического лица. Началась национализация и конфискация коммерческих предприятий, другого имущества, принадлежащего торговым товариществам и коммерсантам[2]. В монопольное распоряжение государства перешли сельскохозяйственные машины и орудия[3], предприятия ряда отраслей промышленности, железнодорожного транспорта, со всем имуществом и капиталами[4]. Не подлежали переходу в собственность предприятия, принадлежащие потребительским кооперативным обществам и товариществам и их объединениям[5].

Постановлением Народного комиссариата торговли и промышленности «О правовых ограничениях, устанавливаемых для торговых и торгово-промышленных предприятий» запрещалось без особого в каждом случае разрешения Народного комиссариата торговли и промышленности образование и открытие новых предприятий, преобразование единоличных предприятий в товарищества (полное, на вере) и обратно, преобразование существующих единоличных предприятий и товариществ в акционерные общества, всякие изменения состава членов товарищества и пайщиков.

Первым документом нового государства, регламентировавшим регистрацию предприятий, был Декрет от 27 июля 1918 г. «О регистрации торговых и промышленных предприятий (Положение)»[6]. В течение трех месяцев со дня публикации Декрета каждое частное торговое или промышленное предприятие подлежало регистрации. Предусматривалось

[1] *Козлова Н.В., Филиппова С.Ю.* Влияние политико-правовой ситуации первых лет советской власти на современное российское гражданское право // Электронный научно-образовательный журнал «История». 2019. № 6 (80).

[2] См.: Декреты Советской власти. Т. I. 25 октября 1917–16 марта 1918 г. М.: Гос. изд-во полит. лит-ры, 1957. С. 105–106, 326 – 328 и др.

[3] См. там же. С. 147–148.

[4] См.: Декрет от 20 июня 2018 г. «О национализации нефтяной промышленности» // Декреты Советской власти. Т. II. 17 марта 1918–10 июля 1918 г. М.: Гос. изд-во полит. лит-ры, 1959. С. 459.

[5] См.: Декрет от 28 июня 1918 г. «О национализации предприятий ряда отраслей промышленности, предприятий в области железнодорожного транспорта, по местному благоустройству и паровых мельниц» // Там же. С. 498–504.

[6] СУ РСФСР. 1918. № 59. Ст. 651. Утратил силу в связи с изданием Постановления ВЦИК, СНК РСФСР от 25 января 1928 г.

ведение реестра торговых и промышленных предприятий, который включал два уровня. Отдел Внутренней торговли Народного комиссариата торговли и промышленности вел реестр для предприятий с основным капиталом не менее 200 тыс. руб., для всех акционерных обществ, паевых товариществ, синдикатов, артелей и кооперативов, кроме потребительских кооперативов. Местный губернский отдел Народного комиссариата торговли и промышленности вел реестр для остальных предприятий, включая потребительские кооперативы. Регистрация не требовалась в отношении: государственных предприятий; предприятий, предназначенных «для мелочной торговли, не имеющие, кроме хозяина или заменяющего последнего взрослого члена его семьи, более одного наемного служащего или рабочего», промышленных и ремесленных предприятий с числом рабочих не свыше четырех при ручном производстве. Для регистрации представлялись: удостоверение о самоличности владельца единоличного предприятия или нотариальные копии договора товарищества либо устава, если предприятие принадлежит юридическому лицу (товариществу, акционерному обществу, синдикату, кооперативу и пр.), официально засвидетельствованные образцы подписей лиц, уполномоченных подписываться от имени предприятия, засвидетельствованные копии доверенностей, выданных от имени предприятия, кроме доверенностей на ведение лишь судебных дел, при первой регистрации и ежегодно по окончании операционного года инвентарь и баланс предприятия, составленный и подписанный по правилам о ведении торговых книг.

Возникшие после 20 апреля 1918 г. предприятия представляли разрешение на их открытие. Регистрации подлежали сделки по продаже, аренде, залогу предприятия, его прекращению, изменению состава владельцев и пр. Без регистрации указанные сделки признавались недействительными по отношению к участникам сделки и третьим лицам. По месту нахождения главной конторы предприятия регистрировались их филиалы. Каждому зарегистрированному предприятию (главной конторе, филиальным отделениям) регистрирующее учреждение выдавало регистрационный билет, который должен быть вывешен на видном месте в помещении предприятия. Информация, содержащаяся в реестре, могла предоставляться заинтересованным лицам по запросам. Всякому было доступно обозрение Реестра торговых и промышленных предприятий и документов.

Анализ этого документа позволяет сделать несколько выводов. Представляется, что главной целью этого документа был учет и контроль предприятий и их владельцев. Ограничивалось возникновение

новых частнокапиталистических предприятий, основанных на наемном труде. В документе усматриваются предпосылки закрепления принципов регистрации юридических лиц. Выдача предприятию регистрационного билета как прообраза свидетельства о государственной регистрации, его вывешивание на обозрение в помещении предприятия являлись предтечей принципа публичности регистрации. Тем самым третьи лица извещались о факте существования предприятия и законности его деятельности. Предоставление реестра на обозрение всем и каждому есть проявление публичности ведения реестра.

В марте 1919 г. был издан Декрет «О финансировании государственных предприятий», согласно которому единственным источником финансирования являлись ассигнования из кредитов по росписи общегосударственных доходов и расходов РСФСР. Все принадлежащие предприятиям наличные деньги, капиталы в кредитных учреждениях были изъяты из их распоряжения и перечислены в доход казны[1]. Отсутствие хозяйственного расчета, твердой денежной единицы, обезличенность доходов и расходов предприятия означали отсутствие имущественной обособленности и самостоятельной имущественной ответственности предприятия. Государственные предприятия и учреждения периода «военного коммунизма» едва ли можно признать юридическими лицами[2]. В 1920–1921 гг. предприятиям были предоставлены некоторые имущественные права, хотя юридическими лицами предприятия еще не назывались.

В Декрете ВЦИК от 22 мая 1922 г. «Об основных частных имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР»[3], указывалось, что гражданам, не ограниченным в правоспособности, предоставляется право организовывать на территории РСФСР, союзных и договорных с нею советских республик промышленные и торговые предприятия. О формах предприятий, о порядке их регистрации в Декрете не упоминалось.

31 октября 1922 г. был принят Гражданский кодекс РСФСР[4], который закрепил, в частности, определение юридического лица (ст. 13).

[1] См.: Декрет СНК от 4 марта 1919 г. «О ликвидации обязательств государственных предприятий» // СУ РСФСР. 1919. № 10–11. Ст. 108.

[2] См.: *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). М., 1947. С. 215.

[3] СУ РСФСР. 1922. № 36. Ст. 423. Утратил силу в связи с изданием Постановления ВЦИК, СНК РСФСР от 1 апреля 1932 г.

[4] Гражданский кодекс РСФСР 1922 года // СУ РСФСР. 1922. № 36. Ст. 423 (далее – ГК РСФСР 1922 г.).

Правоспособность юридического лица возникала либо с момента утверждения устава (положения), а в случаях, когда требовалась регистрация юридического лица, – с момента такой регистрации (ст. 14 ГК РСФСР 1922 г.). Некоторые виды юридических лиц (например, полные товарищества) вместо устава могли иметь зарегистрированный в установленном порядке товарищеский договор.

Полное товарищество признавалось юридическим лицом со дня внесения его в Торговый реестр (ст. 298 ГК РСФСР 1922 г.). Для этого члены товарищества подавали подписанное ими всеми заявление в учреждение, ведущее торговый реестр по месту нахождения товарищества.

Устав акционерного общества (паевого товарищества) представлялся учредителями через Главный комитет по делам о концессиях и акционерных обществах на утверждение Совета труда и обороны либо Совета народных комиссаров (ст. 323 ГК РСФСР 1922 г.). Постановления Совета труда и обороны об утверждении устава акционерного общества публиковались в «Известиях Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета Советов», текст устава печатался в Собрании узаконений и распоряжений Рабоче-крестьянского Правительства (ст. 325 ГК РСФСР 1922 г.). После этого в течение трех месяцев осуществлялся сбор средств для формирования основного капитала общества. Если капитал был сформирован, проводилось учредительское собрание, которое принимало решение о признании общества состоявшимся, а правление общества подавало заявление в Главный комитет по делам о концессиях и акционерных обществах о регистрации общества. Публикация о регистрации общества размещалась в официальной советской газете губернии (области), на территории которой находилось главное правление акционерного общества. В публикации и регистрации общества указывались: наименование общества; место нахождения его правления; указанная в уставе цель и существо предприятия; размер основного капитала общества и собранной его части. Со дня регистрации общество признавалось юридическим лицом (ст. 327–338 ГК РСФСР 1922 г.).

Порядок регистрации определялся Положением о торговой регистрации, утвержденным Постановлением СНК Союза ССР от 20 октября 1925 г.[1] В соответствии с данным документом целью торговой регистрации являлось своевременное сосредоточение публично достоверных сведений об организационном, правовом и имущественном положении

[1] СЗ СССР. 1925. № 82. Ст. 622.

юридических лиц, занимающихся торговой и промышленной деятельностью в виде промысла. В частности, регистрации подлежали акционерные общества, товарищества с ограниченной ответственностью, полные товарищества, товарищества на вере, кооперативные организации, а также торговые отделы, бюро, конторы и всякого иного наименования торговые и промышленные предприятия, состоящие при разного рода общественных, профессиональных и тому подобных организациях, не преследующих цели извлечения прибыли (п. 10). Торговый реестр и документы, на которых были основаны внесенные в реестр записи, являлись открытыми для всеобщего обозрения. Органы регистрации были обязаны выдавать всем желающим выписки из Торгового реестра (п. 8). Сведения, занесенные в Торговый реестр и опубликованные, признавались известными третьим лицам (п. 9). Таким образом, в Положении можно обнаружить предпосылки публичности, достоверности и общеизвестности сведений, содержащихся в Реестре.

В Торговом реестре существовало три раздела. Первый раздел Реестра вел Народный комиссариат по внутренней торговле Союза ССР. В него вносились сведения о юридических лицах, уставы которых подлежали утверждению центральными органами Союза ССР, а также о владельцах иностранных предприятий, допущенных к производству торговых предприятий на территории СССР. Во втором разделе Реестра содержались сведения о юридических лицах, уставы которых подлежали утверждению центральными органами союзных республик. Каждая союзная республика вела свою часть второго раздела Реестра. Функции ведения торговых реестров были возложены на народные комиссариаты по внутренней торговле союзных республик. В третьем разделе содержались сведения о товариществах с ограниченной ответственностью, возникающих в явочном порядке, о полных товариществах и товариществах на вере. Третий раздел Реестра велся местными органами торговой регистрации. Причем каждый орган вел свою часть третьего раздела.

Как видим, первый раздел Реестра был единым для всей территории Союза ССР. Второй и третий разделы Реестра содержали разрозненные сведения, поскольку велись различными органами, без консолидации сведений в единой базе данных. Получалось, что принцип публичности на практике был трудно реализуем. Заинтересованное лицо могло получить сведения из Реестра, если оно уже располагало какой-то информацией о конкретном юридическом лице. Если оно не знало о существовании данного юридического лица, узнать об этом из Реестра оно фактически не могло.

Постановлением СНК СССР от 31 августа 1927 г. утверждено новое Положение о торговой регистрации, отменившее Положение о торговой регистрации 1925 г.[1] Было дано понятие регистрации, которая делилась на основную и текущую (п. 5). Основная торговая регистрация заключалась в открытии для регистрируемого юридического или физического лица отдельного листа в Торговом реестре с занесением сведений, указанных в Положении. Текущая регистрация состояла в изменении или дополнении сведений, внесенных в Торговый реестр при основной регистрации.

Из текста Положения можно сделать вывод об особенностях ведения Реестра. По смыслу п. 3 Положения регистрация в большинстве случаев имела конститутивное значение, ибо правоспособность юридических лиц возникала с момента их регистрации, если иное не устанавливалось специальными законами. Торговый реестр был открыт для общего обозрения, органы регистрации обязывались выдавать всем желающим выписи из Реестра (п. 8). В этом проявляется свойство публичности Реестра. Была указана цель торговой регистрации: «...своевременное сосредоточение публично-достоверных сведений об организационном, правовом и имущественном положении юридических и физических лиц, занимающихся на территории Союза ССР торговой и промышленной деятельностью в виде промысла» (п. 2). Для достижения этой цели регистрирующим органам было предоставлено право запрашивать дополнительную информацию и документы при поступлении данных, свидетельствующих о несоответствии действительности внесенных в Реестр записей. Удостоверившись в неправильности записей, регистрирующие органы вносили в них необходимые изменения. В этом можно увидеть элементы принципа достоверности записей, внесенных в Реестр. Регистрация производилась как по письменным заявлениям лиц, обязанных сообщать сведения, подлежащие внесению в Торговый реестр, так и «по собственному почину органов торговой регистрации» (п. 20, 25). Свойство общеизвестности проявлялось в том, что сведения, внесенные в Торговый реестр и опубликованные, признавались известными третьим лицам. Зарегистрированные лица в своих возражениях против третьих лиц, опиравшихся на изменения в данных, занесенных в Торговый реестр, не могли ссылаться на невнесение этих изменений в Торговый реестр, на их неопубликование. Третьи лица не могли ссылаться на невнесение изменений в Торговый реестр, поскольку они были или должны были быть осведомлены о происшедших изменениях (п. 9).

[1] СЗ СССР. 1927. № 57. Ст. 579.

В конце 20-х гг. XX в. было принято Положение об акционерных обществах[1], согласно которому акционерное общество приобретало права юридического лица с момента регистрации (п. 4). Регистрация производилась после оплаты $^1/_4$ основного капитала, на основании решения о признании общества состоявшимся, принятого учредительным собранием. Избранное собранием правление обязано было немедленно подать заявление о регистрации общества в Народный комиссариат внешней и внутренней торговли Союза ССР или Народный комиссариат торговли союзной республики. Сделки и иные действия от имени акционерного общества могли совершаться лишь после внесения общества в Торговый реестр. После принятия Положения об акционерных обществах соответствующие нормы были исключены из ГК РСФСР 1922 г.[2]

В 1931 г. было принято Положение о государственной регистрации предприятий, организаций и лиц, участвующих в хозяйственном обороте, отменившее Положение о регистрации 1927 г.[3] В Положении 1931 г. были определены организации, подлежащие регистрации (п. 2). Правоспособность юридических лиц, подлежащих государственной регистрации, возникала с момента их регистрации, если иное не установлено в специальных законах (п. 5). Органами государственной регистрации являлись: Народный комиссариат финансов Союза ССР; народные комиссариаты финансов союзных республик и местные органы народных комиссариатов финансов союзных республик согласно законодательству союзных республик (п. 3, 4). Каждый из органов вел свою часть реестра, т.е. сохранялась трехуровневая система регистрации с отсутствием единого реестра юридических лиц. Объем вносимых в реестр сведений, а также порядок предоставления сведений субъектам гражданского права не устанавливались. Это можно объяснить целью

[1] Утверждено Постановлением ЦИК СССР, СНК СССР от 17 августа 1927 г., Постановлением ЦИК СССР от 19 апреля 1928 г. // СЗ СССР. 1927. № 49. Ст. 500; СЗ СССР. 1928. № 24. Ст. 213. Утратило силу в связи с изданием Указа Президиума ВС СССР от 23 мая 1962 г. № 113-VI // Ведомости ВС СССР. 1962. № 22. Ст. 226.

[2] См.: Постановление ВЦИК, СНК РСФСР от 20 ноября 1931 г. «Об изменении Гражданского кодекса РСФСР» // СУ РСФСР. 1931. № 72. Ст. 509. Документ утратил силу в связи с изданием Указа Президиума ВС РСФСР от 16 декабря 1964 г. «Об изменении и признании утратившими силу законодательных актов РСФСР в связи с введением в действие Гражданского и Гражданского процессуального кодексов РСФСР» // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 51. Ст. 892.

[3] Утверждено Постановлением СНК СССР от 9 февраля 1931 г. № 109 // СЗ СССР. 1931. № 8. Ст. 99. Документ утратил силу с 1 мая 1940 г. в связи с изданием Постановления СНК СССР от 16 апреля 1940 г. № 533 // СП СССР. 1940. № 15. Ст. 363.

государственной регистрации, которая была определена как «учет предприятий, организаций и лиц, занимающихся на территории Союза ССР оперативно-хозяйственной деятельностью» (п. 1). Как видим, в этом Положении нашло закрепление конститутивное значение регистрации. Признаки публичности, общеизвестности и достоверности не обнаруживаются.

Следующим документом, регламентирующим процедуру государственной регистрации, было Положение о государственной регистрации государственных, кооперативных, общественных хозяйственных организаций и предприятий, утвержденное Постановлением СНК СССР от 16 апреля 1940 г. № 533[1]. Целью государственной регистрации был объявлен не только учет, но и контроль законности возникновения, реорганизации и прекращения деятельности организаций и предприятий. Из Положения следует, что в отношении регистрации юридических лиц действовал разрешительный порядок, поскольку в числе документов, представляемых при регистрации, указано разрешение на образование организации (предприятия), выданное в соответствии с действующим законодательством (п. 9). Также было необходимо представить устав (положение), утвержденное в установленном порядке, для единоличных уполномоченных – выданную руководителем организации доверенность и подписанное руководителем заявление. Указывался перечень организаций и предприятий, подлежавших и не подлежавших регистрации (п. 4, 5). Сохранялась трехуровневая система регистрации (п. 6–8).

Впервые в нормативном правовом акте четко закреплено содержание государственного реестра. В государственный реестр вносились: наименование и подчиненность организации или предприятия; наименование органа, давшего разрешение на образование организации или предприятия; размер уставного фонда; предмет деятельности; место нахождения организации или предприятия; список входящих в ее состав хозрасчетных предприятий (п. 11). Была установлена обязанность вносить в государственный реестр отметку при изменении устава (п. 13). Государственным и кооперативным хозяйственным организациям, предприятиям и их филиалам запрещалось совершать сделки, заключать договоры с организациями и единоличными уполномоченными, подлежащими государственной регистрации; государственному банку запрещалось открывать расчетные и текущие счета,

[1] СП СССР. 1940. № 15. Ст. 363. Документ утратил силу в связи с изданием Постановления Совмина СССР от 20 октября 1956 г. № 1436.

выдавать какие-либо денежные средства и совершать кредитно-расчетные операции с организациями, предприятиями, их филиалами и единоличными уполномоченными, подлежащими государственной регистрации, до их регистрации в установленном порядке (п. 16, 17). О возможности и порядке предоставления сведений из государственного реестра не указывалось.

Сложная и непрозрачная система регистрации юридических лиц, одновременное существование юридических лиц, зарегистрированных в Торговом реестре, и юридических лиц, создаваемых с момента утверждения их уставов, привели к девальвации значения государственной регистрации юридических лиц. Постановлением Совета Министров СССР от 20 октября 1956 г. № 1436 «Об отмене государственной регистрации государственных, кооперативных и общественных хозяйственных организаций и предприятий»[1] государственная регистрация была отменена. Контроль соблюдения законодательства при создании юридических лиц возлагался на Министерство финансов СССР (при проведении учета налогоплательщиков), на Госбанк СССР и Стройбанк СССР (при открытии счетов).

В связи с отменой государственной регистрации юридических лиц возникли проблемы: как определить наличие или отсутствие у организации правоспособности, как установить момент возникновения юридического лица? Эти вопросы активно обсуждались в научной литературе того времени.

По мнению В.П. Грибанова, ответы зависели от процедуры создания юридического лица. Если требовалось утверждение устава (положения), юридическое лицо возникало с этого момента. Если была необходима регистрация устава либо самой организации, юридическое лицо считалось возникшим с момента регистрации устава или организации. Если речь шла о государственных предприятиях и организациях, для которых не требовалось утверждения особого устава (положения), поскольку они возникали на основании распоряжения компетентных органов, юридическое лицо считалось возникшим с момента фактического образования[2].

С принятием ГК РСФСР 1964 г.[3] ситуация улучшилась незначительно. Согласно ст. 26 ГК РСФСР 1964 г. правоспособность юридического

[1] СП СССР. 1957. № 2. Ст. 14.

[2] См.: *Грибанов В.П.* Юридические лица. М., 1961. С. 24–25.

[3] Гражданский кодекс РСФСР: утвержден Верховным Советом РСФСР 11 июня 1964 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

лица по-прежнему могла возникать с момента утверждения его устава или положения, а в случаях, когда оно должно действовать на основании общего положения об организациях данного вида, – с момента издания компетентным органом постановления о его образовании. Если устав подлежал регистрации, правоспособность юридического лица возникала в момент регистрации. Таким образом, единого момента возникновения правоспособности для всех организаций не существовало. Сохранились проблемы, на необходимость решения которых указывалось в литературе начала 60-х гг. XX столетия.

Поскольку основными участниками оборота являлись государственные предприятия и организации, подведомственные органам государственной власти, утверждавшим их уставы (положения), а их учет вели органы статистики, практике не требовалось отдельного органа, осуществляющего регистрацию. Напротив, создание такого органа потребовало бы сложной системы коммуникации и согласования между разными государственными органами, в том числе подчиненными различным ведомствам, что затруднило бы управление плановой экономикой. Небольшое количество формально частных организаций (колхозных, общественных, кооперативных) не требовало создания специальной системы их регистрации.

Потребность в государственной регистрации юридических лиц возникла с переходом к рыночной экономике. Важное значение в становлении законодательного регулирования регистрации юридических лиц имел Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-I «О предприятиях и предпринимательской деятельности»[1]. Закон определял общие правовые, экономические и социальные основы создания предприятий в условиях многообразия форм собственности, устанавливал организационно-правовые формы предприятий, действующих на территории РСФСР, особенности их деятельности, регламентировал права и ответственность субъектов предпринимательства, определял меры государственной защиты, поддержки и регулирования предпринимательства в РСФСР. Предприятие считалось учрежденным и приобретало права юридического лица со дня его государственной регистрации (п. 3 ст. 33). Устанавливались последствия отсутствия регистрации (ст. 34). Деятельность незарегистрированного предприятия прямо запрещалась. Доходы, полученные от деятельности незарегистрированного предприятия, взыскивались через суд и направлялись в местный бюджет (ст. 34).

[1] Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418.

Закон определял основные этапы процедуры регистрации. Регистрация всех предприятий, независимо от их организационно-правовой формы, осуществлялась районным, городским, районным в городе Советом народных депутатов по месту учреждения предприятия, который должен был в месячный срок сообщать сведения о регистрации в Министерство финансов РСФСР для включения в Государственный реестр. Для регистрации предприятия представлялись: заявление учредителя, устав предприятия, решение о создании предприятия или договор учредителей, свидетельство об уплате государственной пошлины. Определялся срок (месяц) для принятия решения о регистрации или отказе в регистрации предприятия. О регистрации предприятия держатель реестра объявлял в местной печати не позднее чем в недельный срок со дня регистрации. Устанавливалась обязанность юридических лиц сообщать Совету народных депутатов о внесении изменений или дополнений в учредительные документы предприятия и при изменении организационно-правовой формы предприятия (ст. 34). Определялись основания отказа в регистрации предприятия. В частности, отказ в государственной регистрации предприятия был возможен в случае нарушения установленного законом порядка создания предприятия, несоответствия учредительных документов требованиям законодательства РСФСР. Отказ в регистрации предприятия по другим мотивам являлся незаконным. О решении отказать в регистрации предприятия соответствующий орган был обязан в трехдневный срок сообщить в письменной форме учредителю предприятия. Устанавливалась возможность обжалования в судебном порядке отказа в государственной регистрации, предоставлялось право на возмещение убытков, причиненных в результате незаконного отказа в регистрации предприятия (ст. 35).

Анализ приведенного текста закона позволяет обнаружить требование обязательности регистрации предприятия, которое осуществляет предпринимательскую деятельность, а также изменений, касающихся формы предприятия и содержания его учредительных документов. Принцип публичности проявляется в публикации в печати информации о регистрации предприятия.

31 мая 1991 г. Верховный Совет СССР утвердил Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик[1]. В ст. 13 Основ было

[1] Ведомости ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733. Вступили в силу на территории Российской Федерации с 3 августа 1992 г. в соответствии с постановлением Верховного Совета РФ от 14 июля 1992 г. № 3301-I «О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы» // Российская газета. 1992. 3 авг.

закреплено, что юридическое лицо подлежит государственной регистрации в органах юстиции в порядке, определенном законодательными актами, и считается созданным с момента его государственной регистрации[1].

В отсутствие федерального законодательства, регламентирующего процедуру регистрации, в начале 90-х гг. XX столетия в отдельных субъектах Российской Федерации принимались нормативные правовые акты, регламентирующие регистрацию предприятий и организаций в конкретном регионе. Так, решением Президиума Московского городского совета народных депутатов и Правительства Москвы от 25 июля 1991 г. № 134-2 была создана Московская регистрационная палата, на которую, в частности, были возложены функции регистрации новых и перерегистрации действующих предприятий на территории Москвы, филиалов, представительств, агентств иногородних предприятий, зарубежных юридических лиц, ведение Единого общегородского реестра предприятий, филиалов, представительств и агентств на территории Москвы[2].

Постановлением Правительства Москвы от 17 сентября 1991 г. № 97 «О введении единого порядка регистрации предприятий и организаций в Москве»[3] было указано, что на территории Москвы государственная регистрация предприятий независимо от их организационно-правовой формы и формы собственности осуществляется Московской регистрационной палатой и ее территориальными органами. Палата является держателем Единого общегородского реестра предприятий и сообщает данные о регистрации предприятия Московской государственной налоговой инспекции, в Главный вычислительный центр Госкомстата РСФСР, Мосгорстат для присвоения кодов, создания системы и базы данных объединенных классификаторов, а также в Минфин РСФСР для внесения их в Государственный реестр (п. 1). Постановление содержало перечень представляемых для регистрации документов, конкретизированный для разных видов предприятий, которые четко не систематизировались. Документ носит административный характер,

[1] Статья 13 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик утратила силу с 8 декабря 1994 г., когда была введена в действие глава 4 ГК РФ 1994 г. // Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 1994. 8 дек.

[2] СПС «КонсультантПлюс», СПС «Гарант».

[3] Там же.

никаких принципов ведения реестра в нем не усматривалось. Порядок предоставления информации из реестра также не определялся. Сходным образом были сконструированы документы, регулирующие регистрацию предприятий в большинстве других субъектов Российской Федерации. Порядок регистрации и ведения реестра по-прежнему нуждались в упорядочении.

На федеральном уровне положения закона были развиты и конкретизированы в Положении о порядке государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности, утвержденном Указом Президента РФ от 8 июля 1994 г. № 1482 «Об упорядочении государственной регистрации предприятий и предпринимателей на территории Российской Федерации»[1], которым регламентировалась процедура государственной регистрации юридических лиц. Основными целями принятия данного Указа, согласно его преамбуле, являлось упорядочение и ускорение государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности. Государственной регистрации подлежали юридические лица, являющиеся субъектами предпринимательской деятельности. К ним относились предприятия, иные коммерческие организации, а также некоммерческие организации, если в соответствии с их утвержденными учредительными документами (уставами) им предоставлялось право вести предпринимательскую деятельность, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, а также полные товарищества, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, которые в тот период времени не признавались юридическими лицами.

Регистрация осуществлялась путем присвоения предприятию очередного номера в журнале регистрации поступающих документов и проставления специальной надписи (штампа) с наименованием регистрирующего органа, номером и датой на первой странице (титульном листе) устава предприятия, скрепляемой подписью должностного лица, ответственного за регистрацию (п. 5).

Несмотря на то что в Законе о предприятиях и предпринимательской деятельности упоминался реестр, фактически каждый регистрирующий орган вел собственный журнал со сквозной нумерацией. О регистрации предприятия держатель реестра объявлял в местной печати не позднее чем в недельный срок со дня регистрации. В результате найти, идентифицировать конкретное юридическое лицо было весьма затруднительно. Отсутствие единого перечня юридиче-

[1] СЗ РФ. 1994. № 11. Ст. 1194.

ских лиц, многократно повторяющиеся фирменные наименования практически исключали возможность для реальных и потенциальных участников договорных отношений найти своего контрагента среди юридических лиц.

Регистрация предприятия осуществлялась не позднее трех дней со дня представления необходимых документов либо в течение 30 календарных дней с даты почтового отправления, указанной в квитанции об отсылке учредительных документов (п. 5). В случае установления недостоверности сведений, содержащихся в представленных документах, нарушения порядка создания предприятия, несоответствия учредительных документов законодательству Российской Федерации орган, осуществивший регистрацию, был обязан в течение одного календарного месяца со дня регистрации уведомить предприятие о необходимости внесения соответствующих дополнений и (или) изменений в учредительные документы (п. 11). В течение семи календарных дней со дня получения указанного уведомления предприятие обязано было внести соответствующие дополнения и (или) изменения в учредительные документы и представить их в орган, осуществивший регистрацию предприятия.

Отказ в регистрации предприятия (предпринимателя) допускался только в случаях несоответствия состава представленных документов и состава содержащихся в них сведений требованиям Положения. Основаниями для отказа в государственной регистрации являлись: недостоверность сведений, содержащихся в представленных документах; нарушение порядка создания предприятия; несоответствие учредительных документов законодательству Российской Федерации (п. 10, 11).

Основными недостатками существовавшего порядка были: неопределенный перечень оснований к отказу в регистрации; несбалансированный срок принятия решения о регистрации. Регистрирующий орган должен был либо зарегистрировать предприятие, либо отказать в регистрации с указанием причин. Поскольку выполнить требования о регистрации в трехдневный срок было затруднительно по причине нехватки персонала и значительного объема документов, регистрирующий орган был вынужден отказывать в регистрации и предлагать устранить выявленные недостатки. Нередко такие недостатки носили формальный характер, поскольку требования закона были весьма расплывчатыми.

По-прежнему отсутствовали единые требования при создании всех видов юридических лиц, их единый учет. Так, Постановлением

Правительства РФ от 6 июня 1994 г. № 655 регистрация предприятий с иностранными инвестициями, ведение реестра предприятий с иностранными инвестициями и аккредитация представительств иностранных компаний были возложены на Государственную регистрационную палату при Министерстве экономики РФ[1], которая позднее была передана в ведение Министерства юстиции РФ[2]. Специальный порядок действовал для регистрации юридических лиц, создаваемых в процессе приватизации[3].

30 ноября 1994 г. была принята первая часть Гражданского кодекса РФ, с 8 декабря 1994 г. вступила в силу гл. 4 «Юридические лица» ГК РФ[4]. Было установлено, что юридическое лицо подлежит государственной регистрации в органах юстиции в порядке, определяемом законом о регистрации юридических лиц. Данные государственной регистрации, в том числе для коммерческих организаций фирменное наименование, включаются в единый государственный реестр юридических лиц, открытый для всеобщего ознакомления. Нарушение установленного законом порядка образования юридического лица или несоответствие его учредительных документов закону влечет отказ в государственной регистрации юридического лица. Отказ в регистрации по мотивам нецелесообразности создания юридического лица не допускается. Отказ в государственной регистрации, а также уклонение от такой регистрации могут быть обжалованы в суд (ст. 51 ГК РФ).

Приведенные нормы были весьма прогрессивными. Прямое указание, что отношения по государственной регистрации юридических лиц

[1] См.: Указ Президента РФ 27 сентября 1993 г. № 1466 «О совершенствовании работы с иностранными инвестициями» // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации. 1993. № 40. Ст. 3740; постановление Правительства РФ от 6 июня 1994 г. № 655 «О Государственной регистрационной палате при Министерстве экономики Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 866.

[2] См.: постановление Правительства РФ от 5 сентября 1998 г. № 1034 «О передаче Государственной регистрационной палаты при Министерстве экономики Российской Федерации в ведение Министерства юстиции Российской Федерации»; приказ Минюста России от 29 декабря 1998 г. № 192 «Об утверждении Устава Государственной регистрационной палаты при Министерстве юстиции Российской Федерации» (СПС «Гарант»).

[3] См.: Закон РФ от 3 июля 1991 г. № 1531-I «О приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 27. Ст. 927.

[4] См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 1994, 8 дек.

могут регламентироваться законом, исключало возможность «подзаконного нормотворчества»[1]. Это придавало большую определенность правовому регулированию отношений по созданию юридических лиц, предоставляло участникам правовых отношений гарантии от произвола чиновников. Реализация этой нормы ГК РФ требовала принятия специального закона о государственной регистрации.

В 1995 г. была предпринята попытка разработки такого закона. Проект федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц» был принят Государственной Думой 8 декабря 1995 г. и в установленные сроки получил одобрение Совета Федерации. 9 января 1996 г. представленный для подписания и обнародования законопроект был отклонен Президентом РФ. Было указано, что Проект не соответствует Конституции РФ и действующему законодательству, не проработан концептуально, декларативен, внутренне противоречив, имеет другие серьезные недостатки. Для его доработки привлекались высококвалифицированные ученые и практикующие юристы, эксперты в области регистрации юридических лиц. Проект подвергался критике в литературе. Отмечалось, что по предмету регулирования закон относится к административному законодательству, следовательно, регламентация порядка регистрации юридических лиц находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Однако в законопроекте не отражено разграничение предметов ведения Российской Федерации и субъектов Федерации в рассматриваемой сфере. Проект не определял правовой статус и систему подчиненности органов государственной регистрации, не регламентировал их взаимоотношения между собой, с органами юстиции различных уровней, с органами исполнительной власти на местах. Проект не указывал источники финансирования системы регистрирующих органов, не определял понятие и структуру государственного реестра юридических лиц, порядок его формирования, механизм контроля со стороны регистрирующих органов за соблюдением действующего законодательства[2]. С учетом поступивших замечаний законопроект подвергся существенной переработке, однако 15 ноября 1999 г. был снят с рассмотрения Советом Государственной Думы по предложению Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе.

[1] См.: *Колесников Е.В.* Законность как принцип организации и деятельности органов государственной власти // Российская юстиция. 2020. № 5. С. 2– 4.

[2] См.: *Закупень Т.В.* Перспективы развития законодательства о регистрации юридических лиц // Журнал российского права. 2000. № 7.

Отсутствие закона о государственной регистрации юридических лиц, регламентация этой процедуры лишь на подзаконном уровне создавали теоретические и практические проблемы реализации принципа верховенства закона, закрепленного в Конституции РФ 1993 г. (ч. 2 ст. 4).

Важнейшим этапом формирования порядка регистрации юридических лиц стал Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц»[1]. Федеральным законом от 23 июня 2003 г. № 76-ФЗ он был переименован и получил название «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»[2]. В пояснительной записке к законопроекту отмечалось, что существовавшая процедура регистрации сложна и запутанна, препятствует «быстрому и эффективному формированию субъектов гражданского права». По мнению разработчиков, причинами этого являлись: отсутствие единой системы законодательства, определяющего порядок и процедуру государственной регистрации юридических лиц; отсутствие единого государственного реестра юридических лиц; закрытость для субъектов рынка информации, включенной в государственный реестр. Указывалось, что регистрация юридических лиц осуществляется множественными органами, отсутствует единый подход к определению места нахождения юридического лица, места его регистрации, почтового адреса, не определены четко основания для отказа в регистрации. Подчеркивалось, что основной массив актов, регулирующих процедуру регистрации, был принят до вступления в силу гл. 4 ГК РФ[3].

Государственная регистрация юридического лица определяется в законе как «акт уполномоченного федерального органа исполнительной власти, осуществляемый посредством внесения в государственный реестр сведений о создании, реорганизации и ликвидации юридического лица, иных сведений о юридическом лице в соответствии с законом» (ч. 2 ст. 1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»).

---

[1] СЗ РФ. 2001. № 33 (часть I). Ст. 3431.

[2] СЗ РФ. 2003. № 26. Ст. 2565 (далее – Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»).

[3] См.: Пояснительная записка «К проектам Федеральных законов «О государственной регистрации юридических лиц», «О приведении законодательных актов в соответствие с Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц» и «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях».

Единый государственный реестр юридических лиц есть один из государственных реестров, которые ведутся в Российской Федерации. Существуют иные реестры: единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей; единый федеральный реестр сведений о фактах деятельности юридических лиц; государственный реестр недвижимости; государственный реестр лекарственных средств; государственный реестр средств измерений и др. Государственные реестры являются федеральными информационными ресурсами.

Единый государственный реестр юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ) является федеральным информационным ресурсом, содержащим сведения о создании, реорганизации и ликвидации юридических лиц, иные сведения о юридических лицах и соответствующие документы. Таким образом, состав ЕГРЮЛ включает в себя два элемента: 1) сведения; 2) документы.

Сведения представляют собой знания о фактах, тогда как документ есть материальный носитель с зафиксированной на нем в любой форме информацией в виде текста, звукозаписи, изображения и (или) их сочетания, который имеет реквизиты, позволяющие его идентифицировать, и предназначен для передачи во времени и в пространстве в целях общественного использования и хранения[1].

Государственная регистрация юридических лиц возложена на Федеральную налоговую службу[2].

Статья 4 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» называется «Принципы ведения государственных реестров». Изучение текста этой статьи не позволяет обнаружить в ней закрепление принципов государственной регистрации. За принцип можно принять указание на единство и сопоставимость сведений в реестре, которые обеспечиваются за счет соблюдения единства принципов, методов и форм ведения государственных реестров. Однако продемонстрированные традиционные законодательные подходы к регистрации вызывают определенные сомнения в корректности отнесения единства и сопоставимости сведений реестра к числу принципов института государственной регистрации. Как мы отмечали, принцип – это основное

[1] См. ст. 1 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов» // СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 1 (текст по состоянию на 8 июня 2020 г.).

[2] См. ст. 2 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»; постановление Правительства РФ от 30 сентября 2004 г. № 506 (ред. от 1 августа 2020 г.) «Об утверждении Положения о Федеральной налоговой службе» // СЗ РФ. 2004. № 40. Ст. 3961.

начало, выражающее объективные закономерности, определяющее сущность института права. Вряд ли сущность института государственной регистрации состоит в сопоставимости сведений реестра. Значит ли это, что у современного института государственной регистрации нет принципов? Представляется, что нужно дать отрицательный ответ на этот вопрос.

В.П. Грибанов негативно относился к отождествлению правового принципа с нормой права. Он подчеркивал различие между правовыми нормами и правовыми принципами, указывая, что «нормы права (определенные правила поведения) составляют содержание определенной системы, отрасли или института права, тогда как правовые принципы выражают сущность права, его социальную природу». Таким образом, если нормы права выражают букву закона, то принципы права выражают дух закона[1]. По мнению В.П. Грибанова, закрепление принципов в праве может осуществляться в различных формах: «...в форме самостоятельной правовой нормы общего характера; в форме основной идеи, пронизывающей группу норм, институт, отрасль или даже всю систему права в целом; и, наконец, в форме правовых предписаний ненормативного характера, например, путем формулирования правового принципа в преамбуле закона»[2]. Независимо от формы выражения правовые принципы приобретают общеобязательный характер, соблюдение принципов права обеспечивается силой государства.

Таким образом, несмотря на отсутствие прямого закрепления в ст. 4 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» принципов института государственной регистрации, такие принципы содержатся в системе законодательства. Можно попытаться обнаружить проявления всех традиционных для института принципов государственной регистрации, к которым и относятся конститутивность, публичность, общеизвестность, достоверность.

Конститутивность государственной регистрации находит свое выражение в ст. 51 ГК РФ. В соответствии с п. 8 ст. 51 ГК РФ юридическое лицо считается созданным со дня внесения соответствующей записи в Единый государственный реестр юридических лиц. Правоспособность юридического лица возникает с момента внесения в ЕГРЮЛ сведений о его создании и прекращается в момент внесения в ЕГРЮЛ

[1] См.: *Грибанов В.П.* Принципы осуществления гражданских прав. С. 216–217.

[2] Там же. С. 220–221.

сведений о его прекращении (п. 3 ст. 49 ГК РФ). Несмотря на то, что Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» предусматривает процедуру регистрации не только юридических лиц, но и физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, принцип конститутивности можно рассматривать только для государственной регистрации юридических лиц, поскольку правоспособность физических лиц не связана с моментом их государственной регистрации, а возникает с момента рождения (ст. 17 ГК РФ). Указание на то, что юридические лица подлежат государственной регистрации, не следует рассматривать как юридическую обязанность учредителей регистрировать юридические лица. Если учредители не считают нужным регистрировать свою организацию, она будет функционировать как добровольное договорное объединение без статуса юридического лица. Такая организация не является правоспособной, она не может иметь субъективные права на имущество, совершать сделки, заключать договоры, иным образом участвовать в правовых отношениях. Если учредители желают наделить созданную ими организацию статусом субъекта права, они могут зарегистрировать общество в порядке, установленном законом.

Публичность государственной регистрации, означающая открытость реестра для всеобщего ознакомления, закреплена в п. 2 ст. 51 ГК РФ. Данные государственной регистрации включаются в Единый государственный реестр юридических лиц, открытый для всеобщего ознакомления (п. 2 ст. 51 ГК РФ). Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (ст. 6) определяет порядок обеспечения доступа к сведениям и документам государственного реестра, формы предоставления информации и устанавливает способы сохранения персональных данных физических лиц при предоставлении информации для всеобщего ознакомления. Содержащиеся в государственных реестрах сведения и документы являются открытыми и общедоступными, за исключением сведений, доступ к которым ограничен в соответствии с законом. Например, сведения о номере, о дате выдачи и об органе, выдавшем документ, удостоверяющий личность физического лица (паспорт и др.), содержащиеся в государственных реестрах, могут быть предоставлены исключительно органам государственной власти, иным государственным органам, судам, органам государственных внебюджетных фондов, государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов» в случаях, предусмотренных федеральными законами, и в порядке, установленном актами Правительства РФ.

Часть сведений из ЕГРЮЛ размещена в открытом доступе на официальном сайте Федеральной налоговой службы России (*egrul.nalog.ru*) и предоставляется бесплатно по электронному запросу любого лица. Сведения, отсутствующие в открытом доступе, могут быть предоставлены по запросу. Указанные сведения и документы о конкретном юридическом лице предоставляются в виде: выписки из соответствующего государственного реестра; копии документа (документов), содержащегося в соответствующем государственном реестре; справки об отсутствии запрашиваемой информации. Срок предоставления содержащихся в государственных реестрах сведений и документов устанавливается уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти и не может составлять более чем пять дней со дня получения регистрирующим органом соответствующего запроса.

Достоверность реестра обозначает, что сведения и документы, содержащиеся в реестре, соответствуют действительности. Юридическое лицо не вправе в отношениях с лицом, полагавшимся на данные единого государственного реестра юридических лиц, ссылаться на данные, не включенные в указанный реестр, а также на недостоверность данных, содержащихся в нем, кроме случаев, когда соответствующие данные включены в указанный реестр в результате неправомерных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица.

Для обеспечения достоверности сведений в ЕГРЮЛ уполномоченный орган наделен правом проверки достоверности сведений, включаемых в ЕГРЮЛ (ст. 9 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»). При установлении недостоверности сведений в ЕГРЮЛ в реестр вносится соответствующая запись (п. 5 ст. 11 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»). При наличии у регистрирующего органа подтвержденной информации о недостоверности сведений, содержащихся в представленных в регистрирующий орган документах, регистрирующий орган вправе отказать в государственной регистрации общества (подп. «р» п. 1 ст. 23 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»).

Исходя из буквального толкования п. 2 ст. 51 ГК РФ, согласно которому «лицо, добросовестно полагающееся на данные ЕГРЮЛ, вправе исходить из того, что они соответствуют действительным обсто-

ятельствам», можно сделать вывод, что достоверность реестра является не принципом ведения реестра, а презумпцией, которая может быть опровергнута.

Общеизвестность, под которой принято понимать презумпцию знания сведений, содержащихся в государственном реестре, не удается обнаружить в законодательстве в качестве принципа института регистрации юридических лиц, хотя она известна правовой системе применительно к другим государственным ресурсам.

Проследив эволюцию принципов государственной регистрации юридических лиц, мы обнаружили отсутствие преемственности в законодательном закреплении основных идей института государственной регистрации. Такие идеи на разных этапах исторического развития государства отражали текущую социально-экономическую, политическую обстановку и менялись в зависимости от цели, которую преследовал законодатель, вводя или отменяя государственную регистрацию юридических лиц. Поэтому вряд ли можно говорить о единстве принципов государственной регистрации юридических лиц.

Принцип конститутивности, состоящий в установлении государственной регистрации в качестве основного условия наделения правоспособностью, характерен только для современного института государственной регистрации, поскольку явился ответом на потребность упорядочения создания частных юридических лиц, увеличения числа юридических лиц с переходом к рыночной экономике и насущную потребность точного установления правосубъектности для обеспечения устойчивости и безопасности имущественного оборота.

Принцип публичности реестра, состоящий в обеспечении свободного доступа всем заинтересованным лицам, формально характерен для большинства этапов в развитии института государственной регистрации, однако реальную реализацию он получил лишь с введением единого реестра, поскольку при одновременном ведении нескольких разрозненных информационных баз данных найти для ознакомления информацию было затруднительно. В отсутствие конститутивности регистрации публичность реестра не являлась насущной необходимостью. С увеличением числа юридических лиц своевременное выявление их правового статуса стало входить в стандарт проверки контрагента, поэтому институт государственной регистрации включил в себя принцип публичности реестра. Реализация принципа публичности имеет практическое значение лишь при условии, что сведения, с которыми свободно знакомятся все желающие, являются достоверными. Поэтому эволюция принципа публичности происхо-

дила параллельно с установлением способов обеспечения достоверности таких сведений.

Выявленное отсутствие принципа общеизвестности в современном институте государственной регистрации можно объяснить разным статусом участников гражданского оборота, для которых не могут быть установлены единые требования в части стандарта требуемой заботливости и осмотрительности. Для субъекта, осуществляющего предпринимательскую деятельность, членов органов управления юридических лиц обязанность проявлять заботу и ознакомиться с данными ЕГРЮЛ вытекает из положений ст. 2, 23, 53, 401 ГК РФ. Между тем от граждан, не осуществляющих предпринимательскую деятельность, участвующих в гражданском обороте для удовлетворения личных, бытовых потребностей, нельзя ожидать и требовать ознакомления с ЕГРЮЛ, поскольку они не обладают достаточной правовой грамотностью для самостоятельного изучения юридических документов. Исключение принципа общеизвестности реестра есть следствие расширения круга участников гражданского оборота, предоставления гражданам большей степени свободы участия в гражданских отношениях.

**Д.В. Ломакин**

# ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ПРАВА УЧАСТНИКОВ ОБЩЕСТВА С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ: ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ, ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ[1]

Предметом настоящего исследования является категория дополнительных прав, которыми наделяются участники общества с ограниченной ответственностью. Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО) признавал такие права уже в редакции, действовавшей на момент вступления его в силу[2]. К настоящему времени сложился богатый опыт применения арбитражными судами положений п. 2 ст. 8 Закона об ООО, которому вряд ли можно отказать в значимости, как это иногда делается в отдельных публикациях[3]. Вместе с тем нельзя утверждать, что по всем вопросам применения норм п. 2 ст. 8 Закона об ООО имеется унифицированная судебная практика.

Понимание дополнительных прав участников общества с ограниченной ответственностью в разное время было различным. Изначально необходимость их признания за участниками хозяйственного общества послужило одной из причин появления новой организационно-правовой формы юридического лица – общества с ограниченной ответственностью. В литературе применительно к акционерным обществам отмечалось ограничение вариативности прав акционеров[4]. Права неразрывно связаны с акциями, что существенным образом затрудняло наделение отдельных акционеров различными правомочиями. Изменение правового статуса акционера должно было сопровождаться корректировкой содержания акций, что, учитывая их возникновение

---

[1] Настоящая статья подготовлена при информационной поддержке СПС «Консультант Плюс» и СПС «Гарант».

[2] Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

[3] См., например: *Степанов Д.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве // Корпоративный юрист. 2009. № 6. С. 13–19.

[4] См., например: *Каминка А.И.* Очерки торгового права. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. С. 399–400.

в процессе проведения эмиссии – сложного многоэтапного процесса, было совсем не просто. В свою очередь, гражданский оборот нуждался в таких правовых средствах, которые, с одной стороны, предоставляли бы возможность установления разнообразного сочетания прав участников коммерческого объединения, как в товариществах, а с другой, обеспечивали бы привилегии ограниченной ответственности, имманентные статусу акционера.

Таким правовым средством и стало общество с ограниченной ответственностью, обеспечивающее гораздо больше возможностей для построения различных комбинаций корпоративных прав. В этом смысле все права участников общества с ограниченной ответственностью, которыми не наделялись или не могли наделяться акционеры классических акционерных обществ, условно можно было рассматривать в качестве дополнительных, поскольку они дополняли права акционеров.

Эта новая организационно-правовая форма юридического лица впервые была предусмотрена в Германии Законом от 20 апреля 1892 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью», после чего была воспринята законодательством многих государств не только Европы, но и мира. Например, во Франции товариществам с ограниченной ответственностью (*Société à responsabilité limitée, SARL*) посвящена отдельная третья глава книги второй Торгового кодекса.

Правда, составители проекта Гражданского Уложения Российской империи дали отрицательный ответ на вопрос о целесообразности имплементации конструкции немецкого общества с ограниченной ответственностью (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*) в российское гражданское право. Причиной тому послужила значимая роль личности участника в управлении обществом и его деятельности, не обремененная риском полной личной ответственности по обязательствам общества. Широкие управленческие правомочия участников общества показались несовместимыми с привилегией ограниченной ответственности[1].

Справедливости ради заметим, что теперь и акционерное законодательство предоставляет больше возможностей по наделению акционеров различными правами. Одной из них является признание рядом зарубежных законодателей обыкновенных акций различных классов. В США корпоративное законодательство отдельных штатов предо-

[1] Гражданское Уложение. Книга пятая. Обязательства. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Том третий. Ст. 505–718 с объяснениями. СПб., 1899. С. 316– 319.

ставляет корпорациям более широкие возможности по сравнению с нормативными правовыми актами стран континентальной Европы в части выпуска обыкновенных акций, относящихся к разным классам. Однако это кажущееся преимущество может быть нивелировано локальными ограничениями, правом установления которых наделены фондовые биржи[1]. Различия в классах может выражаться, в частности, в появлении класса многоголосых акций. Эмиссия таких акций допускается законодательством Дании, Финляндии, Франции, Ирландии, Италии, Нидерландов, Швеции, Великобритании, Японии и США. В Германии, Бельгии, Испании, Греции, Польше и Австралии они, напротив, запрещены[2].

Предназначение дополнительных прав, предусмотренных в п. 2 ст. 8 Закона об ООО, отличается от описанного ранее. Эти права не рассматриваются отечественным законодателем как средство наделения участников общества с ограниченной ответственностью дополнительными правомочиями по сравнению с возможностями, имеющимися у акционеров. Дополнительные права предназначены для правового оформления персональных качеств и имущественных возможностей отдельных участников общества с ограниченной ответственностью. Они связаны не столько с долей, которой обладает участник в уставном капитале общества, сколько с его личностью. Несмотря на то что общество с ограниченной ответственностью наряду с акционерным обществом является объединением капиталов, значение личности участника для деятельности общества сложно переоценить. В этом ярко проявляется так называемый товарищеский элемент – свидетельство отмеченной в литературе[3] общемировой тенденции, получившей наименование «персонализация капиталов». Не случайно общество с ограниченной ответственностью нередко рассматривается правоведами как некая пограничная организационно-правовая форма между хозяйственным товариществом и акционерным обществом[4].

Признание особой роли личности участника в обществе с ограниченной ответственностью повлекло за собой легализацию специальных

[1] *Ventoruzzo M., Conac P.-A., Goto G., Mock S., Notari M., Reisberg A.* Comparative corporate law. St. Paul. MN. 2015. P. 193.

[2] Ibid. P. 201.

[3] См., например: *Беренс П.* Правовое положение товариществ и обществ. Предпринимательское право // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии: пер. с нем. М.: Изд-во БЕК, 2001. С. 307.

[4] См., например: *Габов А.В.* Общества с ограниченной и дополнительной ответственностью в российском законодательстве. М.: Статут. 2010. С. 44– 89.

корпоративных прав, наделение которыми обусловлено персональными качествами участников общества[1]. В п. 2 ст. 8 Закона такие права получили название дополнительных. Законодатель в абз. 2 п. 2 ст. 8 прямо подчеркивает личностную компоненту рассматриваемых прав, закрепляя норму о том, что дополнительные права, предоставленные определенному участнику общества, в случае отчуждения его доли или части доли не переходят к приобретателю[2] (абз. 2 п. 2 ст. 8 Закона об ООО).

Сказанное не означает, что дополнительные права, предоставленные отдельному участнику общества с ограниченной ответственностью в виде некоей привилегии[3], не могут влиять на оценку доли, принадлежащей такому участнику в уставном капитале общества. Несмотря на то что дополнительные права в отличие от основных корпоративных прав не входят в состав доли участия, они, как верно утверждается некоторыми авторами[4], должны учитываться при определении действительной стоимости такой доли. Хотя в реальности эта здравая идея не имеет надежного механизма реализации.

Суды, учитывая личностный фактор, исходят из того, что дополнительные права могут принадлежать только участнику общества и только

---

[1] На персональную компоненту дополнительных прав участников общества с ограниченной ответственностью не раз обращалось внимание. См.: *Ломакин Д.В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут. 2008. С. 70; *Он же*. Основные тенденции развития современного законодательства о хозяйственных обществах // Право и бизнес в условиях экономического кризиса: опыт России и Германии / отв. ред. Е.П. Губин, Е.Б. Лаутс. М.: Юрист. 2010; *Он же*. Эволюция системы юридических лиц в постсоветской России // Предпринимательское право: современный взгляд: монография, коллектив авторов / МГУ имени М.В. Ломоносова / отв. ред. С.А. Карелина, П.Г. Лахно, И.С. Шиткина. М.: Юстицинформ, 2019. С. 255.

[2] См. также: п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 90, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 14 от 9 декабря 1999 г. «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Бюллетень ВС РФ. 2000. №3.

[3] Признание привилегированного характера дополнительных прав широко распространено в научных публикациях по соответствующей тематике. См., например: *Петникова О.В.* Специфика прав участника общества с ограниченной ответственностью // Право и экономика. 2000. № 3. С. 15–18; *Новоселова Л.А.* Оборотоспособность доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // Объекты гражданского оборота: сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут. 2007. С. 207.

[4] См., например: *Цепов Г.В.* Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью как принудительное расторжение корпоративного контракта // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 10. С. 96–113.

в отношении самого общества[1]. На это обстоятельство обращается внимание и в литературе[2]. Соответственно, утрата статуса участника общества влечет за собой прекращение дополнительных прав. Существующее положение, когда дополнительным правам участника общества корреспондируют лишь обязанности последнего и носителями таких обязанностей не могут быть иные лица, полностью отвечает природе дополнительных прав.

Персонифицированный характер дополнительных прав исключает идею построения их перечня на уровне закона. Действительно, норма права рассчитана на неопределенный круг лиц, олицетворением которого является некий среднестатистический субъект[3], а в основе конструкции дополнительных прав лежат особенности конкретных участников общества. Этим объясняется смысл первого предложения абз. 1 п. 2 ст. 8 Закона об ООО, согласно которому, помимо прав, предусмотренных Законом, устав общества может предусматривать иные права (дополнительные права) участника (участников) общества.

На уровне учредительного документа отдельно взятого общества с ограниченной ответственностью можно предусмотреть различные дополнительные права с учетом всех особенностей их конкретных носителей, которыми могут быть как все участники общества, так и некоторые из них. На это неспособна правовая норма, поскольку указанные особенности растворятся в общем стандарте определенного ей поведения. Включение в устав положений о дополнительных правах – это предоставленная законодателем опция, а не обязанность учета особенностей личности участника общества, на что обратил внимание Конституционный Суд РФ[4].

---

[1] См., например: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 июня 2011 г. № 287/11 по делу № А43-26878/2009.

[2] См., например: *Ильина Д.М., Гусейнов Т.А.* Практические рекомендации при создании совместных предприятий в форме обществ с ограниченной ответственностью // Московский юрист. 2013. № 3. С. 78– 89.

[3] Подробнее см.: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб.: Изд. дом «Алеф-пресс», 2015. С. 107–240; *Алексеев С.С.* Проблемы теории права: курс лекций // Собр. соч.: в 10 т. Т. 3: Проблемы теории права: конспект лекций. М: Статут, 2010. С. 198–245.

[4] См. п. 3.1 определения Конституционного Суда РФ от 3 июля 2014 г. № 1564-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Соловьевой Татьяны Алексеевны на нарушение ее конституционных прав положением пункта 2 статьи 21 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2014. № 6.

Правда, такая опция теперь существует не у всех обществ с ограниченной ответственностью. Общества, которые действуют на основании типового устава[1], ей не обладают, поскольку дополнительные права типовыми уставами не предусмотрены. На данное обстоятельство в юридической литературе уже не раз обращалось внимание[2]. Отсутствие в типовых уставах общества с ограниченной ответственностью положений о дополнительных правах его участников обусловлено персональной природой таких прав. Учет типовым уставом личностного фактора отдельно взятого участника общества неминуемо привел бы к утрате уставом своего типового характера, поскольку индивидуальное не может стать типовым, иначе его нельзя считать индивидуальным.

Правило о том, что дополнительные права предусматриваются уставом, находится во взаимосвязи с положением п. 2 ст. 12 Закона об ООО, согласно которому устав общества должен содержать сведения о правах и обязанностях участников общества. Установив указанное правило, законодатель в абз. 1 п. 2 ст. 8 Закона об ООО определяет порядок включения в устав общества положений о дополнительных правах. Они могут содержаться в уставе изначально. В этом случае устав, уже содержащий сведения о дополнительных правах участников общества, утверждается на собрании учредителей (п. 2 ст. 11 Закона об ООО). Положения о дополнительных правах могут быть включены в устав впоследствии, когда государственная регистрация общества (ст. 13 Закона об ООО) уже состоялась. Изменения[3], предусматривающие предоставление участнику (участникам) дополнительных прав, вносятся в устав на основании решения общего собрания участников общества, принятого всеми участниками общества единогласно. Это норма абз. 1 п. 2 ст. 8 Закона об ООО представляет собой развитие правила абз. 1 п. 8 ст. 37 Закона, согласно которому для принятия об-

[1] Приказ Минэкономразвития России от 1 августа 2018 г. № 411 «Об утверждении типовых уставов, на основании которых могут действовать общества с ограниченной ответственностью».

[2] См., например: *Поваров Ю.С.* Вопросы правового положения участников в типовых уставах обществ с ограниченной ответственностью // Нотариус. 2019. № 1. С. 13–17; *Андреев В.К.* О возможности общества с ограниченной ответственностью действовать на основе типового устава // Юрист. 2019. № 3. С. 63–67.

[3] В данном случае термин «изменения» понимается широко и охватывает как изменения в собственном смысле слова в виде правок существующего текста устава, так и комплексные изменения в форме новой редакции устава общества с ограниченной ответственностью.

щим собранием участников общества решения об изменении устава (подп. 2 п. 2 ст. 33 Закона об ООО) требуется большинство не менее двух третей голосов от общего числа голосов участников общества, если необходимость большего числа голосов для принятия такого решения не предусмотрена Законом об ООО или уставом общества. О таком «большем числе голосов» как раз и говорится в абз. 1 п. 2 ст. 8 Закона об ООО.

Очевидно, что между днем принятия общим собранием участников общества указанного решения и датой государственной регистрации соответствующих изменений, внесенных в устав (абз. 2 п. 4 ст. 12 Закона об ООО), проходит время. Здесь возникает вопрос о моменте, с которого участники общества могут реализовывать возможности, предоставленные дополнительными правами. Убедительным представляется ответ, сформулированный в одном из судебных актов. Суд согласился с тем, что в случае принятия решения общим собранием о наделении участников дополнительными правами в устав общества должны быть внесены соответствующие изменения. Далее было замечено, что в силу п. 4 ст. 12 Закона об ООО (точнее – абз. 3 п. 4 ст. 12 Закона об ООО) изменения, внесенные в учредительные документы общества, приобретают силу с момента их государственной регистрации только для третьих лиц, а не для участников общества и его исполнительного органа. В итоге суд пришел к выводу, что указанное решение общего собрания участников общества в силу одного факта его принятия должно исполняться генеральным директором общества[1]. Вместе с тем для беспрепятственного осуществления дополнительных прав нельзя ограничиться принятием общим собранием участников общества с ограниченной ответственностью соответствующего решения. Исходя из буквального толкования абз. 1 п. 2 ст. 8 Закона об ООО, дополнительные права должны быть предусмотрены уставом общества.

В абз. 3 п. 2 ст. 8 Закона об ООО предусмотрены основания прекращения и ограничения дополнительных прав, а в абз. 4 указанного пункта – только прекращения. Все они носят волевой характер и являются либо односторонней сделкой (п. 2 ст. 154 ГК РФ), либо решением собрания (гл. 9.1 ГК РФ). Дополнительные права прекращаются также в случае утраты их обладателем статуса участника общества с ограниченной ответственностью (абз. 2 п. 2 ст. 8 Закона об ООО).

[1] См.: Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2008 г. по делу № А46-13913/2007; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11 ноября 2008 г. № Ф04-6767/2008 (15436-А46-16) по делу № А46-13913/2007.

Инициатором прекращения дополнительных прав может выступить сам обладатель. В этом случае прекращение дополнительных прав происходит посредством отказа от их осуществления, оформляемого письменным уведомлением, которое направляется в общество. Действие участника в виде направления уведомления по своей правовой природе является односторонней сделкой, совершенной в простой письменной форме. С момента получения обществом уведомления-документа как юридически значимого сообщения дополнительные права участника прекращаются, что полностью соответствует п. 1 ст. 165.1 ГК РФ. Таким образом, следует согласиться с мнением, согласно которому в данном случае отказ от осуществления права может быть приравнен к отказу от самого права[1].

Решением общего собрания участников общества могут быть прекращены или ограничены как дополнительные права, предоставленные всем участникам, так и дополнительные права, обладателями которых являются некоторые из них. В любом случае для принятия такого решения необходимо положительное волеизъявление участника, наделенного указанными правами, поскольку сама по себе возможность ограничения субъективных гражданских прав помимо воли их обладателя допускается лишь в исключительных случаях (абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ).

Когда общее собрание участников решает вопрос об ограничении или прекращении дополнительных прав, предоставленных всем участникам общества, то для принятия положительного решения требуется единогласие всех участников. Голосуя за принятие указанного решения, каждый участник тем самым выражает свое согласие на ограничение или прекращение принадлежащих лично ему дополнительных прав.

В случае прекращения или ограничения дополнительных прав, предоставленных определенному участнику общества, его одобрение может быть выражено двояко. Поскольку прекращение или ограничение дополнительных прав происходит здесь также на основании решения общего собрания участников общества, принятого большинством не менее двух третей голосов от общего числа голосов участников общества, постольку адресат данного решения может сам проголосовать за его принятие. Когда он не принимал участие в голосовании, одобрение ограничения или прекращения принадлежащих ему дополнительных прав может быть выражено в форме письменного согласия.

[1] *Седова Ж.И., Зайцева Н.В.* Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. М.: Статут, 2014.

Исходя из смысла абз. 3 п. 2 ст. 8 Закона об ООО, согласие должно быть предварительным. Оно представляет собой аналог голосования участника общества по вопросу об ограничении или прекращении его дополнительных прав. Отсутствие такого согласия на момент подсчета голосов исключит возможность квалификации решения общего собрания участников в качестве принятого. Принятое решение должно влечь последствия в виде прекращения или ограничения дополнительных прав, а их наступление невозможно без согласия участника, в отношении которого проходило голосование.

Если факт принятия общим собранием данного решения и состав участников общества, присутствующих при его принятии, удостоверяются нотариусом (подп. 3 п. 3 ст. 67.1 ГК РФ), то последний выдает свидетельство установленной формы[1] об удостоверении факта принятия такого решения и о составе участников общества, присутствовавших при его принятии (ч. 1 ст. 103.10 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате)[2]. При отсутствии соответствующего согласия участника у нотариуса не будет достаточных оснований для удостоверения данного факта. Полномочия нотариуса на ознакомление с согласием участника основаны на подп. 6 ч. 3 ст.103.10 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате. Все сказанное выше относится не только к случаю ограничения или прекращения дополнительных прав, принадлежащих одному участнику, но и применимо, когда таких участников несколько.

В литературе высказывались сомнения относительно целесообразности нормы о принятии общим собранием участников общества решения о прекращении или ограничении дополнительных прав, предоставленных отдельным участникам[3]. Сомнения вызваны тем, что без согласия самого правообладателя ни прекратить, ни ограничить

[1] См.: Форма 3.7 Приложения № 1 к Приказу Минюста России от 27 декабря 2016 г. № 313 «Об утверждении форм реестров регистрации нотариальных действий, нотариальных свидетельств, удостоверительных надписей на сделках и свидетельствуемых документах и порядка их оформления» (вместе с «Формами реестров регистрации нотариальных действий, нотариальных свидетельств, удостоверительных надписей на сделках и свидетельствуемых документах», «Порядком оформления форм реестров регистрации нотариальных действий, нотариальных свидетельств, удостоверительных надписей на сделках и свидетельствуемых документах», утвержденных решением Правления Федеральной нотариальной палаты от 17 ноября 2016 г. № 11/16).

[2] Утверждены Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

[3] *Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 76.

дополнительное право все равно нельзя. В связи с этим нельзя не заметить, что требования закона в части принятия указанного решения носят исключительно формальный характер и обусловлены не столько прекращением дополнительных прав, принадлежащих отдельным участникам общества, сколько необходимостью внесения соответствующих изменений в устав общества.

Решение общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью, связанное с дополнительными правами, не может быть подменено судебным актом. Так, по одному из дел суд отказал в удовлетворении исковых требований о признании утратившим силу пункта устава общества о дополнительных правах, поскольку расценил требование истца как попытку внести изменения в устав. При этом суд указал, что принятие таких решений в соответствии с законодательством отнесено к исключительной компетенции общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью[1].

Ключевой проблемой дополнительных прав является поиск необходимых и достаточных критериев, с помощью которых можно было бы квалифицировать то или иное право участника общества с ограниченной ответственностью в качестве дополнительного. Без сомнения, важный вклад в ее решение внес С.Д. Могилевский, предложивший следующий перечень таких критериев[2]:

а) дополнительные права могут предоставляться одному, нескольким или всем участникам общества;

б) дополнительные права всегда носят персональный характер, связаны с личностью их обладателя, а наделение ими обусловлено либо фиксацией этих прав и их обладателей в уставе при учреждении общества, либо принятием конкретного решения общего собрания об определении дополнительных прав в отношении одного, нескольких или всех участников общества с внесением этих положений в устав общества;

в) дополнительные права составляют собственную привилегию их обладателя, поскольку в случае отчуждения им своей доли или части доли не переходят к ее приобретателю, как обычные права участника.

Помимо этого, необходимо, чтобы дополнительные права, предоставленные участнику[3]:

[1] См.: Постановление ФАС Московского округа от 24 декабря 2004 г. и от 20 декабря 2004 г. № КГ-А40/11843-04.

[2] *Могилевский С.Д.* Общество с ограниченной ответственностью: законодательство и практика его применения. М.: Статут. 2010. С. 128.

[3] Там же. С. 130.

г) не вступали в противоречие с нормами действующего законодательства;

д) не нарушали и не ограничивали права других участников общества;

е) не выходили за пределы осуществления гражданских прав;

ж) не освобождали участника общества от выполнения основных обязанностей, определенных законом.

В судебной практике, как правило, не возникает сложностей с квалификацией в качестве дополнительных прав участников общества с ограниченной ответственностью таких прав, которыми на основании заключенного с обществом обычного гражданско-правового договора могло бы обладать любое лицо, в том числе и не являющееся участником общества. Примером может служить дополнительное право участника общества на приобретение по льготной цене продукции, выпускаемой обществом, а также право, предоставляющее участнику возможность на льготных условиях пользоваться услугами, которое оказывает общество. То же самое можно сказать и о работах, выполняемых обществом в пользу участника – обладателя дополнительного права по цене ниже рыночной.

В случаях, когда дополнительные права обладают ярко выраженной корпоративной компонентой, суды далеко не всегда могут продемонстрировать унифицированный подход при рассмотрении соответствующих дел. При рассмотрении одних споров суды признают дополнительными правами права, предоставляющие своим обладателям преференции при распределении прибыли, полученной обществом по итогам деятельности за определенный период[1], а при разрешении других – нет, мотивируя это тем, что само по себе участие в распределении прибыли обеспечивается соответствующим основным правом[2].

Второй подход является верным, поскольку он основан на постулате о необходимости разграничения дополнительных и основных прав участников общества с ограниченной ответственностью. Очевидно, что определение уставом особого порядка осуществления того или иного основного права или закрепление в уставе специфических предпосылок и условий такого осуществления само по себе не трансформирует

[1] См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 4 июня 2012 г. по делу № А46-9415/2011; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 6 февраля 2020 г. № 10АП-22507/2019 по делу № А41-54110/2019.

[2] Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 5 октября 2009 г. по делу № А43-11080/2009.

основное право в дополнительное. Заметим, что в основном суды в своих решениях все-таки придерживаются обозначенного постулата. Так, суд констатировал, что не является дополнительным правом право участника на отчуждение доли в уставном капитале общества третьему лицу. Соответственно, включение в устав общества положения о запрете отчуждения долине может рассматриваться в качестве ограничения дополнительного права[1]. Точно так же нельзя рассматривать в качестве дополнительного права предусмотренное законом право участников давать согласие на отчуждение доли в уставном капитале общества третьему лицу[2].

Еще один пример особого порядка и условий осуществления основного права – права на информацию. Сложно представить себе реализацию возможностей, предоставленных участнику правом на информацию о деятельности общества, без доступа на территорию, где фактически находится общество. Поэтому в одном из дел право такого доступа суд не посчитал дополнительным[3].

Нередко в судебных актах прямо подчеркивается основной характер тех или иных прав участников общества с ограниченной ответственностью в качестве аргумента против признания их дополнительными[4].

Исходя из изложенного, не могут быть квалифицированы в качестве дополнительных прав, как иногда ошибочно указывается правоведами, ни право на получение фиксированного дивиденда[5], ни права, предусматривающие иные преференции при распределении прибыли, а также дополнительные преимущества для участников при осуществлении ими права голоса на общем собрании участников общества[6] или права на получение информации о деятельности общества[7]. Очевидно,

[1] Определения ВАС РФ от 29 ноября 2010 г. № ВАС-15340/10 по делу № А40-78538/09-137-578; от 16 апреля 2012 г. № ВАС-4575/12 по делу № А41-21750/11.

[2] Постановление ФАС Центрального округа от 6 января 2004 г. № А48-2549/03-10.

[3] Постановление ФАС Центрального округа от 13 ноября 2009 г. № Ф10-4878/09 по делу № А36-1296/2009.

[4] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 5 декабря 2006 г. и от 12 декабря 2006. г. № 09АП-16524/2006-ГК по делу № А40-47837/06-19-143.

[5] *Глухов Е.В.* Корпоративный договор: подготовка и согласование при создании совместного предприятия. М.: Статут, 2017. С. 370.

[6] *Зайцева Т.И., Медведев И.Г.* Нотариальная практика: ответы на вопросы: вып. 3. М.: Инфотропик Медиа, 2010.

[7] *Осипенко О.В.* Корпоративный контроль: экспертные проблемы эффективного управления дочерними компаниями. Кн. 2: Обеспечение корпоративного контроля. М.: Статут, 2014.

что не является дополнительным правом и право на обращение в суд с требованием об исключении участника из общества[1].

Поскольку из буквального толкования п. 2 ст. 8 Закона об ООО следует, что источником дополнительных прав участников общества с ограниченной ответственностью является его устав, постольку ошибочно утверждение о возможности закрепления дополнительных прав в корпоративном договоре[2], так же как и неверен тезис о том, что они могут возникать не только в силу факта участия в обществе, но и в результате дополнительных обстоятельств, с таким участием не связанных. В последнем случае приводят пример с участником общества с ограниченной ответственностью, осуществляющим функции единоличного исполнительного органа общества. Якобы такой участник в силу своих директорских полномочий наделяется дополнительным правом действовать от имени общества без доверенности[3].

Вместе с тем включение в устав общества с ограниченной ответственностью положений о тех или иных правах его участников еще недостаточно для квалификации их в качестве дополнительных.

Во-первых, речь должна идти о так называемых уставных правах участников. Хотя устав общества с ограниченной ответственностью, являясь его единственным учредительным документом (абз. 1 п. 1 ст. 12 Закона об ООО), и должен содержать сведения обо всех правах участников общества (абз. 7 п. 2 ст. 12 Закона об ООО), «уставные» права существуют лишь в силу факта наличия соответствующих положений устава.

Закрепление в уставе общества иных прав, не относящихся к категории «уставных», не обладает правопорождающим эффектом. Например, отсутствие в уставе общества упоминания о праве его участников принимать участие в распределении прибыли не свидетельствует о том, что у них нет такого права, предусмотренного императивной нормой закона (абз. 4 п. 1 ст. 8 Закон об ООО) и детерминированного природой коммерческого юридического лица (п. 1, 2 ст. 50 ГК РФ). Таким образом, выделение группы «уставных» прав обусловлено не тем, что

---

[1] *Кузнецов А.А.* Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014.

[2] *Осипенко О.В.* Корпоративный контроль: экспертные проблемы эффективного управления дочерними компаниями. Кн. 1: Установление корпоративного контроля. М.: Статут, 2013.

[3] *Кузнецов А.А.* Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью: теоретическая конструкция и вопросы практики применения // Вестник гражданского права. 2012. № 5. С. 94–137.

они не упоминаются в законе, а тем, что закон является лишь нормативной предпосылкой для их возникновения. Без закрепления в уставе конкретного общества его участники не могут ими обладать.

Во-вторых, дополнительные права относятся к категории персонифицированных «уставных» прав. «Уставные» права бывают двух видов: персонифицированные и неперсонифицированные. Первые неразрывно связаны с личностью своего носителя и, если он отчуждает долю в уставном капитале общества, не переходят к ее приобретателю в составе прав, принадлежавших прежнему обладателю. Именно такие права закон именует дополнительными (п. 2 ст. 8 Закон об ООО). Дополнительные права будут персонифицированы и в том случае, если они принадлежат всем участникам общества. Они также не перейдут к новому участнику в составе приобретенной им доли, хотя в литературе существует и иная позиция на этот счет, которая представляется недостаточно убедительной[1]. Вместе с тем, поскольку в рассматриваемой ситуации устав общества наделяет всех участников дополнительными правами, постольку лицо, получившее статус участника, получит дополнительные права в силу самого факта участия в обществе.

Неперсонифицированные «уставные» права, напротив, связаны с долей в уставном капитале общества и переходят вместе с ней к новому участнику. Примером является существующее в силу закрепления в уставе конкретного общества право выхода из него (п. 1 ст. 26 Закон об ООО). Оно не является дополнительным, поскольку его содержание определено Законом об ООО и в отличие от дополнительного права (абз. 2 п. 2 ст. 8 Закона об ООО) не предоставляется отдельным участникам общества[2]. По этой же причине не становится дополнительным правом право на непропорциональное распределение голосов при голосовании на общем собрании участников общества с ограниченной ответственностью. В данном случае повышенные правомочия участника, предоставленные ему уставом общества, целиком и полностью обусловлены нормами закона, содержащимися в абз. 4, 5 п. 1 ст. 32 Закона об ООО. Поэтому нельзя согласиться с мнением, что при непропорциональном распределении голосов

[1] *Лаптев В.А.* Корпоративное право: правовая организация корпоративных систем: монография. М.: Проспект, 2019. С. 140.

[2] Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27 марта 2019 г. № Ф06-44988/2019 по делу № А06-5735/2018; Определение Верховного Суда РФ от 4 июня 2019 г. № 306-ЭС19-6969 по делу № А06-5735/2018.

участники общества с ограниченной ответственностью наделяются дополнительными правами[1].

Препятствием для признания права дополнительным является также предоставление его обладателю неких преимуществ за счет нарушения прав и охраняемых законом интересов иных участников общества с ограниченной ответственностью. Примером служит так называемое право вето, предоставляющее возможность отдельным участникам блокировать решения, принимаемые общим собранием участников общества. Недопустимо наделять правом «вето» отдельных участников, особенно миноритарных, поскольку это нарушает права других участников на управление делами общества[2]. Правда, среди рассмотренных судами дел встречаются и такие, где суды занимают прямо противоположную позицию, которую сложно разделить[3].

Множество примеров подобного рода связано с попытками наделить отдельных участников дополнительными правами в сфере формирования органов управления общества. Авторы, признающие правомерность таких прав, обычно не обращают внимания на то, что предоставляемые ими привилегии основаны на нарушении прав и охраняемых законом интересов других участников общества с ограниченной ответственностью[4]. Суды в основном отрицают законность наделения участников общества такими правами. Иллюстрацией к сказанному является дело, в котором нарушением «управленческих» прав было признано наделение двух участников общества с ограниченной ответственностью «ложными» дополнительными правами, позволяющими определять кандидатуру генерального директора общества без учета мнения остальных участников[5].

Перечень возможных дополнительных прав многообразен. Это неизбежно исходя из того, что они определяются не законом, а за-

---

[1] *Степанов Д.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве. Ч. II // Корпоративный юрист. 2009. № 7. С. 4–11; *Кузнецов А.А.* Выход участника из хозяйственного общества как способ защиты прав и законных интересов // Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 31– 63.

[2] Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 19 апреля 2010 г. по делу № А39-6617/2009.

[3] Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 20 апреля 2009 г. по делу № А39-2935/2008-246/16.

[4] См., например: *Проничев К.* Устав общества с ограниченной ответственностью на защите интересов его участников // Гражданское право. 2006. № 1.

[5] Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 5 апреля 2007 г. № Ф08-1716/2007 по делу № А32-66585/2006-45/54.

крепляются уставами обществ с ограниченной ответственностью с учетом их специфики и особенностей участников. Данное обстоятельство значительно затрудняет построение целостной классификации дополнительных прав. Суды при рассмотрении конкретных дел квалифицировали в качестве дополнительных прав следующие: право участника-вкладчика давать согласие на распоряжение частью помещения, являющегося его вкладом в уставный капитал общества[1], право знакомиться с имуществом, находящимся на балансе общества, путем его осмотра и совершения иных фактических действий[2], право действовать от имени общества в гражданском обороте без доверенности[3] и даже право давать обществу обязательные для него указания[4]. Что касается последнего права, то аргументы в пользу признания его дополнительным нередко встречаются и в научной литературе[5].

Подводя итог сказанному, заметим, что значение личности участника общества с ограниченной ответственностью может получить юридическое признание не только посредством использования категории дополнительных прав. Для этих целей может быть использован и отход от принципа пропорциональности – атрибута правового положения участников хозяйственного общества. Как известно, в силу абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ, объем правомочий участников непубличного хозяйственного общества, непропорциональный их долям в уставном капитале общества, может быть предусмотрен уставом общества, а так-

[1] Постановление ФАС Московского округа от 20 декабря 2005 г и от 15 декабря 2005 г. № КГ-А40/12507-05-П по делу № А40-17428/04-24-182.

[2] Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 9 сентября 2004 г. № Ф08-3751/2004.

[3] Постановление ФАС Уральского округа от 4 августа 2011 г. № Ф09-3932/11 по делу № А07-19642/10; Определение ВАС РФ от 16 декабря 2011 г. № ВАС-15769/11 по делу № А07-19642/2010. Следует отметить, что встречаются случаи, когда суды демонстрируют прямо противоположный подход при принятии решений по делам подобного рода (см.: Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 14 декабря 2015 г. № 05АП-7476/2015 по делу № А51-11415/2015), который неоправданно ограничивает возможности участников общества с ограниченной ответственностью в части включения в устав общества положений о дополнительных правах.

[4] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 14 января 2005 г. по делу № А56-32365/03.

[5] См., например: *Шиткина И.С.* Корпоративное право России: состояние и вектор развития // Предпринимательское право России: итоги, тенденции и пути развития: монография / Е.Г. Афанасьева, А.В. Белицкая, В.А. Вайпан и др.; отв. ред. Е.П. Губин. М.: Юстицинформ, 2019.

же корпоративным договором при условии внесения соответствующих сведений в ЕГРЮЛ[1]. Исключения из указанного принципа предусмотрены и специальными положениями Закона об ООО. Примером служат нормы абз. 6 п. 4 ст. 21, абз. 4, 5 ст. 32 Закона об ООО.

Все это представляет собой свидетельство тенденции, которую условно можно охарактеризовать как персонализацию объединения капиталов в форме непубличных хозяйственных обществ в целом и общества с ограниченной ответственностью в частности. Дополнительные права являются отдельным проявлением этой тенденции.

[1] Об оценке этой нормы ГК РФ более подробно см.: *Ломакин Д.В.* Корпоративные права участников хозяйственных обществ: актуальные проблемы правоприменения и перспективы нормативного регулирования // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сб. ст. к юбилею Е.А. Суханова. М.: Статут. 2018. С. 343–351.

**М.В. Телюкина**

# КОНКУРСНАЯ ТРАНСФОРМАЦИЯ МЕХАНИЗМОВ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ АФФИЛИРОВАННЫМИ / КОНТРОЛИРУЮЩИМИ ЛИЦАМИ ДОЛЖНИКА

*Вопрос о пределах осуществления гражданских прав –*
*это проблема борьбы со злоупотреблениями*
*гражданскими правами.*

*В.П. Грибанов*[1]

Современные реалии сталкивают нас с таким особым, малоизученным пока правовым явлением, как конкурсная трансформация. Сущность феномена конкурсной трансформации определяется тем, что привычные правовые институты в ситуации, когда речь идет о производстве по делу о несостоятельности (банкротстве), существенным образом изменяются[2]. Иначе говоря, осуществление производства по делу о банкротстве, влекущее не только применение особого конкурсного законодательства, но и возникновение у судов множества активных полномочий, позволяющих, по сути, создавать некие правовые механизмы, иногда отсутствующие даже в законодательных актах.

Термин «конкурсная трансформация» не является в настоящее время активно используемым; на мой взгляд, данный термин целесообразно вводить в научный оборот, ибо он обозначает явление, которое существует и активно развивается.

Этимология конкурсной трансформации состоит не только в том, что отношения, связанные с производством по делу о несостоятельности (банкротстве), обладают ярко выраженной спецификой, преломляющей привычные правовые институты, но и в том, что в рамках

[1] *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 20.

[2] Подробнее см.: *Телюкина М.В.* Некоторые аспекты трансформационного воздействия конкурсного права на конструкцию юридического лица // Учен. зап. Казан. ун-та. Серия: Гуманит. науки. 2018. № 2.

конкурса многие субъекты активно злоупотребляют своими правами, что влечет принятие иногда не вполне ожидаемых правовых норм и (или) решений судебных органов, в том числе высших. Аналогия с физическим явлением преломления (рефракции) не случайна, ибо, если вдуматься, момент инициирования конкурса сравним с изменением среды, через которую проходит правовое явление и, соответственно, это явление изменяется подобно тому, как изменяется очертание соломинки в стакане воды на стыке уровня воды и воздуха. Поэтому конкурсную трансформацию корректно именовать также конкурсной рефракцией.

Реакция на злоупотребления является в настоящее время, к сожалению, распространенным базисом (побудительным фактором) как законодательной регламентации конкурсных отношений, так и практических выводов, в то время как в идеале таковым базисом должна являться теоретическая позиция, взвешенно учитывающая интересы различных участников отношений.

Поэтому мысль В.П. Грибанова, вынесенная в эпиграф, в контексте современного конкурсного права более чем актуальна – в процессе осуществления прав участниками конкурсных отношений (в частности, аффилированными/контролирующими должника лицами) наблюдаются такие злоупотребления (со стороны недобросовестных субъектов), реакция на которые нередко приводит к существенному ущемлению прав добросовестных субъектов, а также угрожает общему экономическому результату, о чем подробнее будет сказано ниже.

Можно сказать больше – нередко мы сталкиваемся с ситуациями, к которым применим термин «конфликт злоупотреблений», как, например, в следующем деле. Первый кредитор, оперируя небольшой задолженностью, ненамного превышающей минимальный ценз, подает заявление о банкротстве должника и, естественно, заявляет кандидатуру арбитражного управляющего. Второй кредитор (с крупным требованием) через несколько дней после первого подает заявление о банкротстве того же должника, затем погашает задолженность перед первым кредитором, заявляет о процессуальном правопреемстве и, естественно, о назначении (в порядке правопреемства) другого управляющего. Законом данный конфликт совершенно не регулируется. Относительно недавно сложилась практика, в рамках которой Верховный Суд РФ[1] рекомендует судам в подобных ситуациях назначать управля-

[1] См. п. 27 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банк-

ющего, указанного в первом заявлении. Однако если имеются основания полагать, что первый заявитель злоупотребил своими правами, то суд может-таки назначить второго управляющего, как и произошло в рассмотренном деле[1]. Я не буду останавливаться на нем подробно, но скажу, что детальный анализ всех обстоятельств позволяет сделать вывод о том, что злоупотребляли правами обе стороны – и первый заявитель, и второй – при этом конфликт злоупотреблений был решен в пользу второго заявителя, причем решен в условиях полного вакуума правовой регламентации, исходя исключительно из выводов Верховного Суда РФ. Проблема конфликта злоупотреблений актуальна и в контексте статуса и осуществления прав контролирующими/аффилированными лицами.

Конкурсной трансформации подвержены практически все аспекты (элементы) правового статуса должника, в отношении которого возбуждено производство по делу о несостоятельности (банкротстве). Более того, даже на предбанкротной стадии, т.е. тогда, когда должник начинает испытывать финансовые трудности, трансформационное воздействие конкурсного права на соответствующие отношения уже наблюдается. Момент прекращения явления конкурсной трансформации однозначно определить невозможно, ибо даже после ликвидации должника – юридического лица возможны некоторые правовые последствия, связанные с его банкротством, для ряда субъектов, в частности, бывших учредителей (участников), руководителя, арбитражных управляющих.

В качестве яркого примера конкурсной трансформации, не прекращающейся в момент прекращения конкурсного производства, можно привести ситуацию уступки права требования к юридическому лицу, осуществляемой после его ликвидации по причине банкротства. Судебная практика легитимирует такую уступку, причем именно в контексте конкурсных отношений – хотя, конечно, возникает вопрос экстраполяции выводов судов на отношения, не связанные с банкротством, но этот вопрос выходит за рамки настоящего исследования. Таким образом, трансформация состоит в том, что уступка права требования в общегражданском порядке будет недействительной, если осуществлена после ликвидации цессуса, а если таковая уступка совершена

ротства, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 20 декабря 2016 г. (в редакции от 26 декабря 2018 г.).

[1] Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26 августа 2020 г. № 308-ЭС-2721 по делу № А53-30443/2016.

после ликвидации цессуса-банкрота, то при некоторых обстоятельствах действительной она будет[1]. Отметим, что в указанном контексте представляется необходимым использовать термин «*не*субъект» для обозначения ликвидированного юридического лица, что позволит оптимизировать терминологию.

Выше было отмечено, что временные рамки конкурсной трансформации конкретизировать весьма затруднительно. На практике это создает правовые риски, как правило, сложнопрогнозируемые. С момента, когда юридическое лицо начинает испытывать финансовые проблемы, возникает особый правовой режим конкурсной трансформации. Одна из его ключевых особенностей состоит в том, что присущие этому режиму правовые последствия реализуются далеко не сразу – возможно, через несколько лет. Эта особенность может быть названа «отложенной реализацией последствий» – данный термин предлагаю ввести в научный оборот.

В настоящей статье рассматриваются не все аспекты конкурсной трансформации, а те из них, которые связаны с осуществлением и защитой гражданских прав субъектами, являющимися контролирующими должника лицами (далее – КЛ) или аффилированными с должником лицами (далее – АЛ).

Статус КЛ определяется нормами ст. 61.10 Федеральным закона «О несостоятельности (банкротстве)»[2], введенной Федеральным законом от 29 июля 2017 г. № 266-ФЗ[3]. Под контролирующим должника лицом понимается физическое или юридическое лицо, имеющее возможность определять принимаемые должником решения, в том числе касающиеся условий совершаемых сделок. Статус КЛ имеет конкурсное значение не только после возникновения признаков банкротства, но и в течение трехлетнего временного периода до момента возникновения указанных признаков.

Пункт 2 ст. 61.10 Закона о банкротстве определяет, в каких ситуациях корректно говорить о наличии у КЛ возможности определять

[1] Подробнее см.: *Телюкина М.В.* Трансформирующее воздействие конкурсного права на конструкцию уступки прав требования к ликвидированному должнику // Право и бизнес: правовое пространство для развития бизнеса в России. Т. 4. М.: Проспект, 2020. С. 358– 369.

[2] Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (в редакции от 31 июля 2020 г. (СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190).

[3] Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» (СЗ РФ. 2017. № 31 (часть I). Ст. 4815).

действия должника. Такая возможность может быть достигнута в нескольких ситуациях.

Во-первых, КЛ – субъект, находящийся с должником (руководителем или членами органов управления должника) в отношениях родства или свойства, должностного положения (следует отметить, что фактические брачные отношения данным параметром не охватываются).

Во-вторых, КЛ – субъект, имеющий полномочия совершать сделки от имени должника, основанные на доверенности, нормативном правовом акте либо ином специальном полномочии (следует отметить, что в данном контексте мы сталкиваемся с очередной конкурсной трансформацией – ее можно назвать трансформацией статуса представителя – состоящей в том, что, в отличие от гражданского права, в котором действия представителя юридически нейтральны, в конкурсном праве эти действия могут иметь самостоятельное значение, а представитель, соответственно, может быть признан контролирующим должника лицом).

В-третьих, КЛ – субъект, занимающий должность, которая предоставляет возможность определять действия должника (в частности, главный бухгалтер, финансовый директор).

В-четвертых, поскольку перечень открыт, к КЛ может быть отнесен и иной субъект, если доказано его влияние на принятие решений руководителем или членами органов управления.

Серьезный правовой риск заложен в норме п. 3 ст. 61.10 Закона о банкротстве, устанавливающей, что дата возникновения признаков банкротства не меняется, даже если имело место «сокрытие должником и (или) контролирующим должника лицом, и (или) иными заинтересованными по отношению к ним лицами признаков неплатежеспособности и (или) недостаточности имущества». Опасность данной нормы состоит в том, что она не учитывает экономические параметры, определяющие характер действий руководителя (антикризисного менеджера) в предбанкротной ситуации, а также отсутствие конкретики в конструкции «признаки неплатежеспособности и (или) недостаточности имущества».

Проиллюстрируем сказанное примером, предварительно указав, что в силу ч. 35 ст. 2 Закона о банкротстве под недостаточностью имущества понимается превышение пассивов над активами, а в силу ч. 36 ст. 2 Закона о банкротстве под неплатежеспособностью понимается прекращение исполнения должниками части обязательств и (или) обязанностей (при этом не имеет значения, в какой части

имеет место неисполнение). В ситуации возникновения финансовых проблем ООО «Н» антикризисный менеджер прилагает максимум усилий, направленных на преодоление этих проблем, в том числе берет кредиты, добивается отсрочек/рассрочек платежей, предоставляет дополнительные гарантии кредиторам и т.д.; соответственно, особое внимание уделяется сохранению конфиденциальности информации о финансовых проблемах ООО, ибо данная информация может заблокировать достижение с кредиторами договоренностей, направленных на восстановление платежеспособности.

В свете норм п. 3 ст. 61.10 Закона о банкротстве антикризисный менеджер не заинтересован в сохранении конфиденциальности, ибо речь о возникновении признаков банкротства (и, как следствие, риска привлечения к ответственности) будет идти с момента возникновения финансового кризиса.

Интересен подход законодателя, выраженный в нормах п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве, устанавливающих презумпцию наличия статуса КЛ. Таковым предполагается руководитель должника или управляющей организации должника; член исполнительного органа должника; ликвидатор должника; член ликвидационной комиссии; субъект, имевший право самостоятельно либо совместно с заинтересованными лицами распоряжаться 50% и более голосующих акций АО или более чем половиной долей уставного капитала ООО, или более чем половиной голосов в общем собрании участников юридического лица, либо имел право назначать (избирать) руководителя должника; субъект, который извлек выгоду из незаконного или недобросовестного поведения лиц, указанных в п. 1 ст. 53.1 ГК РФ.

Под АЛ в ст. 53.1 ГК РФ (введенной Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ) понимается субъект, находящийся с должником в отношениях связанности. Таким образом, любой взаимосвязи, взаимовлияния достаточно, чтобы квалифицировать отношения как аффилированные.

Многие вопросы статуса КЛ и АЛ определяются практикой Верховного Суда РФ[1]. Существует и серьезный доктринальный интерес

[1] См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» (Бюллетень ВС РФ. 2018. № 3) и Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 29 января 2020 г. (Бюллетень ВС РФ. 2020. № 7).

к соответствующей проблематике[1], объясняемый тем, что реализация ответственности КЛ и АЛ позволяет пополнить конкурсную массу должника, что дает дополнительный шанс кредиторам получить удовлетворение своих требований. Подобными мотивами объясняется и интерес к различным аспектам статуса аффилированных с должником лиц[2].

[1] *Гайдук И.Е., Новокшонова Н.А.* Определение вины при привлечении к субсидиарной ответственности контролирующего должника лица // Управление в современных системах. 2018. № 4. С. 49–55; *Голубцов В.Г.* Субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц: эволюция законодательных подходов // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. № 2. С. 248–273; *Гутников О.В.* Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве: общие новеллы и недостатки правового регулирования // Предпринимательское право. 2018. № 1. С. 48–60; *Добрачев Д.В.* Проблемы судебной практики привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц в процедуре банкротства. М.: Инфотропик Медиа, 2019; *Егоров А.В., Усачева К.А.* Доктрина «снятия корпоративного покрова» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 31–73; *Канцер Ю.А.* Привлечение к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц в рамках дела о банкротстве // Общество: политика, экономика, право. 2011. № 4. С. 128–134; *Кудряшов А.А.* Субсидиарная ответственность контролирующих лиц должника как механизм восстановления нарушенных прав кредиторов // Юридическая наука: история и современность. 2018. № 6. С. 104–108; *Ломакин Д.В.* Концепция снятия корпоративного покрова: реализация ее основных положений в действующем законодательстве и проекте изменений Гражданского кодекса РФ // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9. С. 6–33; *Любимова Е.Е.* Субсидиарная ответственность за невозможность полного погашения требований кредиторов // Арбитражные споры. 2018. № 2. С. 61–71; *Свириденко О.М.* Актуальные вопросы субсидиарной ответственности контролирующих лиц при банкротстве должника // Lex russica. 2018. № 12. С. 18–24; *Середа И.М., Середа А.Г.* Механизм правового регулирования отношений, возникающих в связи с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве: монография. М.: Статут, 2020; *Степанова Е., Каширина Т.* Субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц: опыт и перспективы // Хозяйство и право. 2011. № 1(408). С. 84–87; *Суворов Е.Д.* Возражения субсидиарного должника по обязательствам несостоятельного лица как способ достижения баланса конституционно значимых интересов // Закон. 2018. № 7. С. 50–67; *Рыков И.Ю.* Субсидиарная ответственность: тенденции современного менеджмента. 2-е изд. [Электронное издание]. М.: Статут, 2019; *Уддина В.З.* Обеспечительные меры при привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности: баланс интересов сторон // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2019. № 4. С. 53–59; *Федотова Н.В.* Проблемы привлечения контролирующих должника лиц к ответственности // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2020. № 1. С. 27–32; *Чуприков М.В., Николаева А.А.* Проблемные вопросы правовой квалификации отношений, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 6. С. 49–54.

[2] *Белоусов И.А.* Подчинение требований по займам участников корпорации в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 5. С. 120–169; *Голощапов Н.А., Пшеничная А.Г.* Требования аффилированных лиц в деле о банкротстве // Арбитражный управляющий. 2020. № 4. С. 29 –33; *Киличенкова М.А.* Споры, связан-

Таким образом, в настоящее время осуществление определенными субъектами своих прав, связанных с управлением юридическим лицом, может привести к квалификации данного лица как КЛ/АЛ, что, как следствие, влечет привлечение к субсидиарной ответственности, причем как в конкурсном, так и во внеконкурсном порядке.

Еще одна проблема осуществления гражданских прав КЛ/АЛ связана с действиями, направленными на предоставление должнику компенсационного финансирования, цель которого – выход из финансового кризиса. Речь идет о ситуациях, когда определенные субъекты, зная о наличии у должника финансовых проблем, предоставляют средства в целях недопущения подачи кредиторами заявления о банкротстве. Проблемы возникают, если предоставленное финансирование оформлялось договором займа и при этом субъект, предоставляющий финансирование, прямо или косвенно рассчитывал на участие в управлении конкурсными процедурами в случае, если производства по делу о банкротстве избежать не удастся.

До недавнего времени осуществление права предоставить компенсационное финансирование серьезных проблем не вызывало. В результате в рамках конкурсных отношений субъект становился реестровым кредитором, т.е. получал доступ к управлению процедурами банкротства. В этом, собственно, и состоял интерес финансирующего субъекта – некоторая страховка на случай неудачи, позволяющая хотя бы частично защитить свои интересы.

Возникала ситуация, когда в собраниях кредиторов участвовали наряду с обычными (независимыми) кредиторы, являвшиеся контролирующими/аффилированными с должником лицами. Данная проблема отмечается доктриной, причем, как правило, подобные действия КЛ/АЛ осуждаются[1]. Изменяться ситуация начала в 2018 г[2].

---

ные с установлением требований аффилированных лиц в процедурах банкротства (по материалам судебной практики Арбитражного суда Мурманской области за 2016 год – первое полугодие 2019 года) // Информационно-аналитический журнал «Арбитражные споры». 2020. № 1. С. 5–16.

[1] *Галкин С.С.* К вопросу о конкурсной субординации требований из капиталозамещающих сделок с участием контролирующих должника лиц: политико-правовые и правоприменительные аспекты // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2018. № 3. С. 45–51; *Кокорин И.В.* Все кредиторы равны, но некоторые равнее других: к вопросу о субординации корпоративных займов при банкротстве в России, Германии и США // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 2. С. 119–137.

[2] См. определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 12 февраля 2018 г. № 305-ЭС15-5734 (4, 5), от 15 февраля 2018 г. № 305-ЭС17-17208, от 7 июня 2018 г. № 305-ЭС16-20992 (3).

В настоящее время формируется доктрина и практика субординирования требований некоторых субъектов, в частности, КЛ и АЛ должника. Под субординированием (субординацией) понимается конкурсное ограничение таких прав, как право на подачу заявления о несостоятельности (банкротстве), право на выдвижение кандидатуры арбитражного управляющего, право на участие в собраниях (комитетах) кредиторов, право на получение удовлетворения в рамках третьей очереди кредиторов.

Отметим, что судебная практика отказа во включении требований аффилированных с должником субъектов в реестр требований кредиторов начала складываться относительно недавно, несколько лет назад[1].

Закон о банкротстве конструкцию субординации не регламентирует; соответственно, можно сказать, что данная конструкция является порождением практики, причем не просто порождением, а утилитарным ответом на злоупотребления со стороны должника и его АЛ/КЛ, создающих так называемую карманную задолженность для целей влияния на конкурсные процедуры. Обращает на себя внимание тот факт, что суды пытались (достаточно искусственно) создать отсылки к Закону о банкротстве. Например, в одном из решений сказано следующее: «*... По смыслу абзаца 8 статьи 2 Закона о банкротстве* (здесь и далее курсив мой. – *М.Т.*) к обязательствам, вытекающим из факта участия, относятся не только такие, существование которых прямо предусмотрено корпоративным законодательством (выплата дивидендов, действительной стоимости доли и т.д.), но также и обязательства, которые, хотя и имеют формально гражданско-правовую природу, в действительности таковыми не являются (в том числе по причине того, что их возникновение и существование были бы невозможны, если бы *заимодавец не участвовал в капитале* должника).

Обязательства должника перед своими учредителями (участниками), вытекающие из такого участия (корпоративные обязательства), носят *внутренний характер* и не могут конкурировать с *внешними обязательствами*, т.е. с обязательствами должника как участника имущественного оборота перед другими участниками оборота. Учредители (участники) должника – юридического лица несут риск отрицательных последствий, связанных с его деятельностью.

[1] См. определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 12 февраля 2018 г. № 305-ЭС15-5734 (4), от 21 февраля 2018 г. № 310-ЭС17-17994 (1, 2), от 4 февраля 2019 г. № 304-ЭС18-14031, от 1 ноября 2019 г. № 307-ЭС19-10177 (2, 3) по делу № А56-42355/2018.

Заключение договора займа с лицом, являющимся участником/руководителем должника, может использоваться вместо механизма увеличения уставного капитала, позволяя на случай банкротства формально нарастить подконтрольную кредиторскую задолженность с противоправной целью последующего уменьшения в интересах должника и его аффилированных лиц количества голосов, приходящихся на долю независимых кредиторов, чем нарушается обязанность действовать в интересах кредиторов и должника»[1].

Анализ процитированного фрагмента позволяет сформулировать следующие выводы. Во-первых, из абз. 8 ст. 2 Закона о банкротстве совершенно не следует, что существует категория обязательств, формально гражданско-правовых, а на самом деле корпоративных.

Во-вторых, факт предоставления КЛ/АЛ займа должнику сам по себе все-таки не является достаточной причиной считать, что займодавец участвует в капитале должника.

В-третьих, в тексте судебного решения содержится, по сути, доктринальная классификация требований на внешние и внутренние; при этом утверждается, что конкурировать они не могут.

В-четвертых, более чем сомнительна мысль о том, что договор займа может подменять собой увеличение уставного капитала – этот вывод, сделанный в процитированном выше решении, не выдерживает никакой критики с точки зрения как гражданского, так и корпоративного законодательства.

Из всего этого следует, что *de lege lata* субординирование требований из договора займа некорректно, а *de lege ferenda* вполне оправданно, ибо подчинено цели дифференцировать так называемых внешних и внутренних кредиторов.

Представляется важным дифференцировать требования АЛ/КЛ из компенсационного финансирования (далее – реальные требования) и требования мнимые, искусственно созданные, без предоставления активов должнику (далее – нереальные требования). Отношение к реальным и нереальным требованиям не может быть одинаковым в силу различного сущностного характера оснований их возникновения.

Тем не менее в настоящее время концепция субординирования доминирует практически во всех ситуациях, когда в реестр требований кредиторов пытается включиться аффилированное или контролирующее лицо, пытавшееся вывести должника из кризиса посредством

[1] См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 6 сентября 2019 г. № Ф05-12289/2019 по делу № А41-60564/2017.

предоставления, например, займов[1]. Требования данных лиц практика аналогизирует с корпоративными требованиями, т.е. требованиями учредителей (участников), вытекающими из такового участия.

Практика складывается весьма неоднозначно и разнопланово, поскольку осуществление гражданских прав предполагает использование различных механизмов. Так, например, в ситуации, когда уступка права требования произведена аффилированному/контролирующему лицу, т.е. цессионарием является АЛ/КЛ, возникает вопрос: субординировать или нет требование цессионария? Наблюдается практика, дающая отрицательный ответ на поставленный вопрос[2]. Имеется интересная практика даже оспаривания цессии, в рамках которой цессионарием является аффилированное с должником лицо (мотив – приобретение требования для цели контроля над конкурсными процедурами), однако такая практика пресекается судами: «...кредитор, обладающий реальным правом требования к должнику, не может быть лишен возможности уступить это право другому кредитору только по причине того, что цессионарий будет являться лицом, аффилированным с должником»[3].

Неоднозначно решается вопрос о субъектах субординации. Традиционно субординируются требования учредителей (участников), вытекающие из такого участия (корпоративные требования). Однако некоторые ученые предлагают вывести небольшие по размеру требования из-под системы субординирования[4]. При этом в данном контексте речь может идти как о требованиях, изначально корпоративных, так и о требованиях из договоров займа, которые при некоторых обстоятельствах корпоративируются, т.е. субординируются подобно изначально корпоративным.

---

[1] См. п. 3 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 29 января 2020 г.

[2] См. определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 6 июля 2017 г. № 308-ЭС17-1556; от 15 февраля 2018 г. № 305-ЭС17-17208; от 21 февраля 2018 г. № 310-Эс17-17994 (1, 2) и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24 сентября 2019 г. № Ф05-13234/2019 по делу № А40-56312/2017.

[3] См.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 18 мая 2020 г. № Ф03-960/2020 по делу № А73-13485/2016.

[4] *Стасюк И.В.* Квалификация заемных требований участника общества к обществу в деле о банкротстве // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 11. С. 11.

В настоящей статье не ставится цель рассмотреть весь массив проблем статуса КЛ и АЛ, а также субординирования их требований в конкурсе.

Одной из наиболее актуальных в настоящее время проблем является проблема конкурсного статуса субъектов, осуществляющих докапитализацию должника в условиях финансового кризиса, или, иначе говоря, компенсационное финансирование. Речь идет о предоставлении займов (а также, возможно, коммерческого кредита) в ситуации, когда о финансовых проблемах должника известно и соответствующие сделки осуществляются именно в целях вывода должника из кризиса. Безусловно, такие действия связаны с повышенным риском, поэтому в подавляющем большинстве ситуаций осуществляются контролирующими или аффилированными лицами. Однако возможны и исключения из этого правила, например, в ситуациях, когда финансирование предоставляет контрагент, имеющий заинтересованность в функционировании должника в силу их экономических взаимосвязей.

На первый взгляд сам факт осуществления компенсационного финансирования недостаточен для квалификации субъекта в качестве КЛ/АЛ должника, хотя по данному вопросу можно аргументировать и противоположную позицию, о которой будет сказано ниже.

Компенсационное финансирование сопряжено с гораздо более серьезными рисками, нежели обычная предпринимательская деятельность – это очевидно. Поэтому естественно, что осуществление такового финансирования требует хотя бы каких-то гарантий. В частности, речь может идти о влиянии на процедуры банкротства (управлении процедурами), если они будут иметь место в случае недостижения цели восстановления платежеспособности должника.

Можно ли считать, что цель управления процедурами банкротства, имеющаяся у субъекта, осуществляющего финансирование должника (в высокорисковых условиях), является неправомерной? Положительный ответ на этот вопрос дают и теория, и практика. Так, например, в одном из дел Верховный Суд РФ квалифицировал компенсационное финансирование как докапитализацию, указав, что действия субъекта «были направлены в том числе на получение контроля над процедурой банкротства должника в ущерб независимым кредиторам и самому должнику, что не отвечает стандартам добросовестного и разумного осуществления гражданских прав и не подлежит судебной защите»[1].

[1] См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 10 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-12339 (3) по делу № А40-239265/2017.

Ключевой вопрос: действительно ли указанные действия не отвечают стандартам добросовестного и разумного осуществления гражданских прав? Думаю, на этот вопрос надо ответить отрицательно, за исключением ситуаций, когда имеет место создание и наращивание задолженности мнимой, например, оформленные надлежащим образом займы являются безденежными. Иначе говоря, безусловному субординированию следует подвергать требования из мнимых сделок, при отсутствии реальных транзакций, хотя, если вдуматься, в этих ситуациях речь вообще не идет о субординировании как понижении очередности, а об исключении требования из числа претендующих на удовлетворение.

В чистом виде именно субординирование имеется в виду, когда финансирование должнику в предбанкротном периоде предоставляется реально. Главным признаком соответствующих отношений можно считать осведомленность контрагента о финансовых проблемах должника. Дополнительный признак – аффилированность контрагента. Но возможно, что контрагент, не являющийся аффилированным, будучи осведомленным о финансовых проблемах должника, действуя разумно, не станет предоставлять компенсационное финансирование. Интерес должен иметь место, даже если он возникает сообразно конкретным условиям конкретной сделки.

Возможно как планируемое, так и ситуационное компенсационное финансирование. Этому выводу коррелирует вывод о том, что осуществлению ситуационного компенсационного финансирования предшествует возникновение ситуативной аффилированности. Наличие или отсутствие статуса контролирующего лица в рассматриваемом контексте значения не имеют.

Принятая в настоящее время концепция субординирования приводит к поставлению в невыгодные условия субъектов, предоставивших компенсационное финансирование должнику, поскольку их требования удовлетворяются в посточередном порядке. Отметим, что проблематика порядка удовлетворения данных требований выходит за рамки настоящей статьи, ибо является объектом самостоятельного исследования.

Механизм субординирования рассматриваемых требований, безусловно, выгоден кредиторам, поскольку вероятность удовлетворения их требований увеличивается. Однако экспансия данного механизма таит в себе серьезные риски, которые могут проявиться через некоторое время и негативно повлиять не только и не столько на право, сколько на экономику, что, на мой взгляд, еще опаснее.

Думаю, в настоящее время складывается весьма опасная ситуация – по сути, закладывается мина замедленного действия, привлекательная сиюминутным утилитарным эффектом, за дурманящей дымовой завесой которого едва заметен отложенный крайне негативный эффект.

Уточним использованную терминологию. Под миной замедленного действия я понимаю практику субординирования компенсационного финансирования, т.е. практику отказа в предоставлении аффилированным лицам конкурсных возможностей, аналогичных предоставляемым независимым кредиторам. Сиюминутный утилитарный эффект – это получение независимыми кредиторами дополнительных возможностей по управлению процедурами банкротства (голосованию на собраниях кредиторов) и по очередности получения удовлетворения. Дурманящая дымовая завеса – удовлетворение значительного количества интересантов субординированием компенсационного финансирования, ибо это позволяет за счет аффилированных лиц осуществить свои интересы (в том числе, кстати, не вполне добросовестные, однако недобросовестность может остаться незамеченной в свете борьбы с аффилированными лицами). Дымовая завеса в настоящее время весьма плотная, поскольку аффилированные лица не были готовы к субординированию реальных требований из компенсационного финансирования, ибо в течение длительного времени соответствующие требования не имели особого режима, т.е., предоставив компенсационное финансирование, субъект был уверен в предоставлении конкурсной защиты в виде управления процедурами банкротства и режима удовлетворения в третью очередь. Таким образом, независимые кредиторы (которых, как правило, большинство) получают в текущий период относительно неожиданные бонусы за счет недопущения осуществления прав аффилированных кредиторов, предоставлявших компенсационное финансирование.

Отложенный негативный эффект определяется следующими факторами, которые несложно спрогнозировать. Аффилированные субъекты предоставляют компенсационное финансирование, рассчитывая, *в случае недостижения цели спасения бизнеса должника*, на участие в управлении конкурсными процедурами и платеж в третью очередь. Таким образом, основная цель аффилированных лиц – восстановление платежеспособности должника. Думаю, совершенно лишено разумного базиса предположение о том, что аффилированное лицо предоставляет реальные деньги исключительно для того, чтобы навредить независимым кредиторам. Экономически аффилированный

субъект рассчитывает, как правило, на предотвращение заявления о банкротстве, т.е. на реабилитацию бизнеса.

Соответственно, в нынешних реалиях такой механизм осуществления гражданских прав аффилированным субъектом, как предоставление компенсационного финансирования, обесценен субординированием указанных требований. Не сложно предположить, что обесценен и сам механизм компенсационного финансирования – поскольку ликвидирована конкурсная защита субъекта, такое финансирование предоставившего.

Следовательно, постепенно (и, думаю, не очень плавно, а в настоящее время прямо и резко) аффилированные лица, готовые попытаться вывести должника из кризиса посредством предоставления компенсационного финансирования, изменят свои планы – финансирование предоставляться перестанет. Как результат, эффективность мер по предотвращению банкротства снизится. А это, в свою очередь, приведет к весьма негативным последствиям, во-первых, для кредиторов, во-вторых, для экономики в целом.

Второе последствие представляется более значимым – собственно, в нем и состоит тот отложенный негативный эффект, о котором было сказано выше. Если до недавнего времени аффилированные лица принимали решения вкладывать средства в экономику должника в целях ее восстановления, то сейчас смысл это делать исчез; соответственно, данное финансирование иссякнет – аффилированные лица будут вкладывать средства в другие направления бизнеса. Следовательно, процент ликвидированных вследствие банкротства должников еще более увеличится, что, как несложно догадаться, больно ударит по интересам кредиторов.

Данный аспект проблемы отмечается в доктрине – так, в частности, А.Г. Карапетов пишет: «Против субординации может быть приведен лишь один существенный аргумент – о том, что распространение такой практики дестимулирует участников спасать свои компании, попавшие в ситуацию острого финансового дефицита, но объективно способные избежать банкротства в случае привлечения заемного капитала. Действительно, можно предположить, что, как минимум, некоторое число участников в подобной ситуации, выбирая между докапитализацией своей компании за счет увеличения уставного капитала и неминуемой субординацией, с одной стороны, и предоставлением займа, с другой, выбрали бы второе, если бы субординация займов не производилась, но воздержались бы от обоих вариантов докапитализации, если бы точно знали, что в случае безуспешности попытки спасения их тре-

бования будут неминуемо субординированы»[1]. Представляется, что А.Г. Карапетов сильно недооценивает потенциальные правовые риски данной ситуации.

Еще один аспект рассматриваемой проблемы состоит в том, что независимые кредиторы далеко не всегда являются такими несчастными и обманутыми, как им хочется казаться и каковой имидж они часто активно создают и эксплуатируют. Нередко данные кредиторы являются недружественными, действуют во вред должнику, например, в целях осуществления рейдерского захвата, распространения собственного корпоративного влияния, назначения аффилированного управляющего (что может являться основным способом достижения как первых двух, так и иных целей) и т.д.

Соответственно, в целях снижения риска неправомерных действий со стороны кредиторов должник разрабатывает такой механизм осуществления своих прав, в рамках которого он имел бы возможность защитить себя и свой бизнес в случае активации недружественных кредиторов. Одним из таких механизмов является компенсационное финансирование.

Таким образом, компенсационное финансирование преследует две цели: во-первых, финансовая поддержка должника, т.е. выведение его из кризиса; во-вторых, сопротивление недружественным действиям со стороны кредиторов.

Соответственно, на мой взгляд, субъекты, предоставившие компенсационное финансирование в целях спасения должника, поставили себя в более рискованное положение, нежели иные (независимые) кредиторы, вступившие в отношения с должником, не зная о его финансовых проблемах. Поэтому и предоставление их требованиям, по сути, исключения из принципа *paripassu* вполне оправданно.

Резюмируя сказанное в настоящей статье, отметим следующее:

– конкурсная трансформация осуществления аффилированными (контролирующими) субъектами компенсационного финансирования должника в рамках предбанкротной стадии выражается в субординировании требований аффилированных лиц;

– осуществление аффилированными (контролирующими) лицами своих прав по предоставлению компенсационного финансирования направлено на спасение бизнеса должника, и реализуемо только в ус-

[1] *Карапетов А.Г.* Субординация требований контролирующих должника лиц при банкротстве: некоторые промежуточные тезисы // https://zakon.ru/blog/2018/07/03/subordinaciya_trebovanij_kontroliruyuschih_dolzhnika_lic_pri_bankrotstve_nekotorye_promezhutochnye_t (дата доступа: 04.11.2020).

ловиях наличия конкурсной защиты в виде возможности голосовать на собраниях и получать удовлетворение в третью очередь. Субординирование требований из компенсационного финансирования способно привести к отказу от данного механизма осуществления гражданских прав, что повлечет только негативные последствия – как микроэкономические (для конкретных кредиторов, которые не получат удовлетворение своих требований), так и макроэкономические (для российской экономики в целом, поскольку банкротиться будут и те бизнесы, которых компенсационное финансирование могло спасти);

– вследствие сказанного представляется необходимой корректировка механизма субординирования требований аффилированных лиц, точнее, *отказ от субординирования* (с учетом того, что под понятие субординирования не подпадает отказ в конкурсной защите требований из мнимых сделок, не предполагавших реального предоставления денежных средств);

– целесообразность отказа от субординирования определяется также тем, что злоупотребления со стороны независимых кредиторов могут быть нивелированы только предоставлением аффилированным кредиторам права участвовать в конкурсных процедурах; при этом реальный характер и существенный объем предоставленного финансирования объясняют преимущественный экономический интерес аффилированных субъектов по сравнению с независимыми кредиторами;

– созданный судебной практикой нынешний механизм субординации желательно отменить или существенно скорректировать вследствие его вероятного крайне негативного влияния на экономику бизнеса в целом.

**А.В. Егоров**

# ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ КОРПОРАТИВНЫМИ ПРАВАМИ: ВИДЫ И СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ[1]

Корпоративное право регулирует одну из сфер, в которой неизбежно встречаются злоупотребления. О том, как отличить злоупотребление от правомерного, пусть и эгоистичного, поведения, пойдет речь ниже.

Злоупотреблять можно по-разному. Возможно ненадлежащее исполнение каких-то обязанностей, которое в обыденной речи называют злоупотреблением. Например, за злонамеренное поведение исключают участника из общества с ограниченной ответственностью, причем суды делают ссылки на ст. 10 ГК РФ (злоупотребление правом), хотя речь в конкретной ситуации могла идти об обычном неправомерном поведении (вывод активов участником-директором и т.п.). Поэтому ниже речь пойдет только об институте злоупотребления правом, т.е. об особой ситуации, когда субъект действует в пределах имеющегося у него права – голосует на собрании участников, запрашивает информацию у хозяйственного общества и т.п., но осуществляет эти действия недобросовестно, т.е. использует ненадлежащую форму реализации своего права. Заслуга в реализации такой модели злоупотребления правом в российском гражданском праве принадлежит В.П. Грибанову, чьей светлой памяти автор посвящает эту работу.

В корпоративном праве злоупотребления могут быть разного рода: злоупотреблять можно конкретным правомочием (например, правомочием на получение информации, правомочием на голосование на конкретном собрании акционеров и т.п.), но в некоторых случаях особо систематических и злостных злоупотреблений, думается, можно говорить и о злоупотреблении всем корпоративным правом участия (долей в обществе с ограниченной ответственностью, пакетом акций в акционерном обществе и т.п.).

Часто бывает так, что мажоритарный участник использует «тактику мелкого фола», выдавливая миноритарного участника из общества. Но иногда ситуация складывается противоположным образом: мино-

[1] Автор выражает искреннюю признательность А.И. Шайдуллину за помощь в подготовке настоящей статьи.

ритарный участник заваливает общество запросами о предоставлении информации, пишет многочисленные жалобы в проверяющие органы, обращается с заведомо необоснованными исками в суды, затягивая их рассмотрение (с тем, чтобы давление на общество и мажоритарного участника не прекращалось ни на минуту). В чем цель такого миноритарного участника, понятно – склонить мажоритарного участника к выкупу доли у миноритария по завышенной цене. Могут ли такие действия рассматриваться как злоупотребление правом и какие санкции за такое злоупотребление возможны, будет предметом настоящей статьи.

**Предмет доказывания**

Предварительные тезисы, которые нуждаются в доказывании, следующие.

1. Российское право рассматривает заведомую, явную недобросовестность при осуществлении принадлежащих акционеру правомочий как ключевую форму злоупотребления правом.

2. Недобросовестным является поведение, нарушающее минимальные требования к деловому поведению в гражданском обороте, основанные на взаимном уважении и учете интересов иных лиц.

3. О заведомой недобросовестности можно говорить в случае, когда поведение лица строилось на основе прямого или косвенного умысла, т.е. оно осознавало неблагоприятные последствия своих действий для других лиц и желало их наступления или относилось к ним безразлично.

В тех случаях, когда злоупотребление очевидно для любого постороннего наблюдателя, можно исходить из презумпции умышленного характера действий.

4. Злоупотребление отдельными правомочиями, вытекающими из обладания акциями (например, правом обжалования или правом на информацию), в совокупности может быть расценено как злоупотребление правами на акции и статусом акционера.

5. Любые действия, которые направлены на понуждение мажоритарного акционера к выкупу акций миноритарного акционера, могут рассматриваться как недобросовестные, тем более если предполагаемая цена выкупа является завышенной.

6. Возможность взыскания убытков в том случае, если действия участника хозяйственного общества могут быть квалифицированы как злоупотребление правом, по российскому праву не может вызывать сомнений.

7. Убытки хозяйственного общества могут заключаться в реальном ущербе, в том числе в расходах компании на восстановление нарушенного права, судебную защиту, устранение вреда репутации, а также в упущенной выгоде – утраченной прибыли из-за сорванных сделок, несостоявшихся проектов и т.п. Самостоятельно может исследоваться вопрос о возмещении репутационного вреда юридического лица.

8. В качестве особой санкции за злоупотребление правом можно рассматривать фикцию волеизъявления участника на общем собрании (при злонамеренном уклонении от участия или голосовании против очевидно выгодного для общества решения).

9. Ввиду невозможности исключения участника из публичного акционерного общества по действующему российскому законодательству практика может выработать институт обращения взыскания на пакет акций участника с выставлением его на торги (без права данного акционера на участие в торгах).

**Сущность категории злоупотребления правом**

Согласно п. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации «не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)».

Данная норма имеет богатую историю в российском праве. В советское время норма была сформулирована таким образом, что не предоставляла охрану тем правам, которые осуществлялись в противоречии с их назначением в социалистическом обществе, строящем коммунизм (ч. 1 ст. 5 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г.).

Именно ко времени действия этой нормы относится ключевая дискуссия относительно целесообразности выделения такой самостоятельной категории, как злоупотребление правом, в чем сомневались многие видные ученые. Результатами данной дискуссии пользуется современное поколение российских юристов. В основополагающей работе В.П. Грибанова по этой теме[1] мы можем найти описание этой дискуссии, в которой участвовали М.М. Агарков, М.И. Бару, С.Н. Братусь, В.А. Рясенцев и другие ведущие цивилисты страны.

[1] *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стер. М.: Статут, 2020. С. 40–41.

Господствующая по сей день теория злоупотребления правом была разработана В.П. Грибановым, который обосновал целесообразность такой категории. По его мнению, злоупотребление правом есть особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения[1].

Как представляется автору, теория, разработанная проф. Грибановым, изложена в канве распространенной в германском праве теории недопустимого осуществления права (*Unzulässige Rechtsausübung*), воплощающей в себе ограничительную функцию принципа доброй совести (*Treu und Glauben*), § 242 BGB[2].

Например, в силу своего формального статуса как акционера участник компании имеет право запрашивать необходимую информацию у компании («дозволенный законом общий тип поведения» в терминологии В.П. Грибанова), но если он использует это право, не обосновав своего непосредственного интереса, или имеется подозрение, что он воспользуется данной информацией с целью оказания помощи конкурирующим предприятиям («недозволенная конкретная форма реализации права» в терминологии В.П. Грибанова), в требовании о предоставлении информации может быть отказано со ссылкой на злоупотребление правом со стороны данного акционера.

В публикациях различных специалистов по российскому праву подчеркиваются разные аспекты злоупотребления правом и предлагаются различные критерии для описания данного явления.

Например, А.А. Кузнецов в качестве признака злоупотребления корпоративным правом в 2012 г. рассматривал осуществление акционером права без цели удовлетворения своего законного интереса как участника корпорации либо нарушение баланса частного и общего корпоративного интереса в результате реализации права[3].

По мнению Д.В. Гололобова, злоупотребление акционером своим правом есть нарушение им общих принципов корпоративного поведения, в силу которых это лицо должно осуществлять свои субъективные

[1] *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. С. 63.

[2] Grüneberg // Palandt BGB, 74. Aufl., § 242 Rn. 16. S. 264.

[3] *Кузнецов А.А.* Злоупотребление правом в правоотношениях между акционером и акционерным обществом: дис... канд. юрид. наук. Самара, 2012. С. 7 –8.

права акционера с учетом законных прав и интересов иных акционеров и самого акционерного общества[1].

Л.В. Щенникова утверждала, что злоупотребление правом – это «нарушение запрета реализации права против добрых нравов, т.е. недобросовестно» (приводя в качестве аналога § 242 ГГУ)[2]. Об этом писал также Н.Б. Щербаков[3]. Мы увидим, что именно эта позиция в дальнейшем стала доминирующей.

**Практика применения статьи 10 ГК РФ судами**

Длительное время после принятия ГК РФ 1994 г. практики применения нормы ст. 10 ГК РФ было весьма немного. На рубеже веков ситуация стала меняться. Одна из исследователей проблематики злоупотребления правом – О.А. Поротикова, опубликовавшая по данной теме монографию в 2007 г., в 2013 г. писала: «Начав заниматься проблемой злоупотребления гражданским правом в 1998 г., я столкнулась с почти полным отсутствием применения судами ст. 10 ГК РФ. Такой дефицит практики был объясним заслуживающей уважения осторожностью, с которой судьи отнеслись к оценочной формулировке данной нормы, отличающейся неопределенностью предмета доказывания и необычностью санкции. Суды предпочли более надежные основания квалификации правоотношений.

Однако примерно с 2003 г. ситуация стала изменяться. Все чаще в постановлениях арбитражных судов стали мелькать ссылки на ст. 10 ГК РФ»[4].

Дополнительный импульс развитию практики применения норм о злоупотреблении правом был придан с принятием информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения

---

[1] *Гололобов Д.В.* Акционерное общество против акционера: противодействие корпоративному шантажу. М.: Юстицинформ, 2006. С. 24–26.

[2] *Щенникова Л.В.* Гражданское право в основных категориях науки и законодательства. Пермь, 2005. С. 158–159 (цит. по: *Мурзин Д.В.* Последний довод справедливости: к вопросу о применения судом норм о злоупотреблении правом // Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею Владимира Саурсеевича Ема. М.: Статут, 2011).

[3] *Щербаков Н.Б.* Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу, части первой / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011. С. 51–52.

[4] *Поротикова О.А.* Еще раз о злоупотреблении гражданским правом // Гражданское право. 2013. № 2. С. 12.

арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации».

Как непосредственный участник подготовки и обсуждения данного документа автор статьи считает необходимым подтвердить, что его разработчики исходили из общепринятого в германоязычной литературе понятия недопустимого осуществления права и базировались на разработках В.П. Грибанова.

Следующие казусы, попавшие в Обзор № 127, представляют интерес для рассматриваемой темы.

Первый пример Обзора № 127:

«Суд кассационной инстанции отказал в удовлетворении иска о признании недействительным решения совета директоров акционерного общества, признав предъявление истцом указанного требования злоупотреблением правом на оспаривание, поскольку нарушение устава общества при принятии оспариваемого решения вызвано недобросовестными действиями самого истца».

В данном деле необходимо было принять решение об отстранении генерального директора от должности, но для соблюдения правила о кворуме требовалось личное участие того лица, которое собирались отстранить, поскольку оно было одновременно членом наблюдательного совета (совета директоров), – специфика российского законодательства в том, что директор может входить в наблюдательный совет, который принимает решение о его избрании. Понимая, что его могут отстранить, директор попытался предотвратить это действие, не явившись на заседание, и потом обжаловал принятое решение как незаконное. Суд отклонил его доводы со ссылкой на злоупотребление правом. Формально право обжалования директору как члену наблюдательного совета, конечно, принадлежало, но в конкретной ситуации осуществление данного права суд посчитал недопустимым. Данный пример напоминает одну из категорий недопустимого осуществления права по германскому праву (нарушение собственных обязанностей[1]) и подтверждает гипотезу о развитии отечественного права в русле континентально-правовой традиции.

Четвертый пример Обзора № 127:

«4. Суд на основании пункта 2 статьи 10 ГК РФ отказал в удовлетворении требования о признании недействительным постановления наблюдательного совета акционерного общества, поскольку счел, что истец, неоднократно предъявляя требования о созыве внеоче-

[1] Grüneberg // Palandt BGB, 74. Aufl., § 242 Rn. 46. S. 267.

редного общего собрания акционеров по одному и тому же вопросу, действовал с намерением причинить вред ответчику (акционерному обществу)».

В данном деле миноритарный акционер четыре раза предъявлял требование о созыве общего собрания акционеров с одним и тем же вопросом: о внесении изменений в положение о наблюдательном совете банка. Первые три требования о созыве были удовлетворены, проведены три внеочередных общих собрания акционеров банка. На каждом из них истец проиграл голосование с разгромным результатом: при голосовании по предложенному истцом вопросу повестки дня против внесения изменений в положение о наблюдательном совете на первом, втором и третьем инициированных истцом собраниях выступило соответственно 86.9, 87.4 и 87.7% акционеров – владельцев голосующих акций, принимавших участие в собрании. При этом расходы на организацию, подготовку и проведение собраний легли на акционерное общество.

Поэтому когда акционер потребовал проведения общего собрания в четвертый раз, имея на это формальное право по закону, ему было отказано со ссылкой на очевидное злоупотребление правом. Суд согласился с позицией акционерного общества. Этот пример по германскому праву был бы отнесен к группе «отсутствие заслуживающего защиты собственного интереса»[1].

Пятый пример Обзора № 127:

«5. Определение в уставе или внутреннем документе акционерного общества в качестве мест проведения общих собраний акционеров населенных пунктов, находящихся вне пределов Российской Федерации, по смыслу статьи 10 ГК РФ может быть квалифицировано судом как злоупотребление правом».

В данном деле акционеры (16%) просили признать недействительным положение устава общества о том, что местом проведения общих собраний акционеров являются удаленные населенные пункты вне пределов Российской Федерации (г. Минск и г. Катманду). Рассматривая дело и соглашаясь с требованиями истцов, суд учел, что общество и его акционеры не осуществляют какой-либо деятельности в тех иностранных государствах, где расположены соответствующие населенные пункты, в связи с чем определение их в качестве мест проведения общих собраний не связано с особенностями хозяйственной деятельности общества или местом пребывания его акционеров.

[1] Grüneberg // Palandt BGB, 74. Aufl., § 242 Rn. 50. S. 268.

**Дореформенная судебная практика**

Могут быть названы следующие примеры дореформенного (т.е. до 2013 г.) применения судами правил ГК РФ о злоупотреблении правом.

Постановление ФАС Московского округа от 27.12.2004 № КГ-А40/12233-04:

«Судом первой инстанции на основании оценки представленных в деле доказательств установлено, что бездействие ответчика, выразившееся в его неявке на очередное собрание участников общества, а также его голосование на годовом общем собрании участников общества от 29.04.2004 «против» по вопросам внесения изменений в учредительный договор и устав общества создали ситуацию, при которой у истца отсутствует реальная возможность исполнить предписание ЦБ РФ от 22.04.2004 № 51-08-14/821ОДСП о приведении учредительных документов в соответствие, как это предусмотрено главой 18 Инструкции Банка России от 23.07.98 № 75-И «О порядке применения Федеральных законов, регламентирующих процедуру регистрации кредитных организаций и лицензирования банковской деятельности».

Принимая во внимание вышеизложенные обстоятельства, кассационная инстанция соглашается с выводом суда первой инстанции, что ответчик недобросовестно пользуется своими правами участника общества и, голосуя «против» по вопросам внесения изменений в учредительные документы общества, существенно затрудняет работу общества.

Аналогичная ситуация сложилась в обществе и при решении вопроса об увеличении уставного капитала общества. Работая в банке и понимая необходимость увеличения уставного капитала банка для дальнейшей диверсификации деятельности банка, что следует из пояснительной записки ответчика от 23.04.2002, С. тем не менее голосовал «против» при решении вопроса об увеличении уставного капитала общества.

Действительно, законодательство об обществах с ограниченной ответственностью не предусматривает обязанности участника общества поддерживать решения общества по вопросам, требующим единогласного принятия решений, однако разумность и добросовестность участника общества при осуществлении им своих прав предполагаются. Действия же С., как установлено судом первой инстанции, свидетельствуют о его недобросовестном пользовании своими правами, что

недопустимо в силу ст. 10 ГК РФ и правомерно расценено судом как основание для исключения участника общества из общества в силу ст. 10 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

Постановление ФАС Московского округа от 13.06.2007, 29.06.2007 № КГ-А40/5219-07-П по делу № А40-80166/05-В (поддержано Определением ВАС РФ от 14.09.2007 № 11035/07):

«Девятый арбитражный апелляционный суд обоснованно пришел к выводу, что ЗАО «Телеграф» злоупотребило своими правами, т.к. не обеспечило мажоритарному акционеру (владевшему 49.34% голосующих акций ЗАО «Телеграф») возможности принять участие в общем собрании и реализовать волю крупнейшего акционера путем голосования по вопросам повестки дня.

По мнению ответчика, внеочередное общее собрание акционеров ЗАО «Телеграф» от 14 октября 2005 г. либо вообще не проводилось в том месте и в то время, о которых был уведомлен истец, либо проводилось в условиях, очевидно и намеренно лишающих ОАО «Центральный телеграф» возможности принять участие в нем – возможности обнаружить офис 605 и войти в него. В подтверждение данного довода истцом были представлены объяснения представителя, направленного для участия в собрании, К.Г., а также свидетельство нотариуса З.

Как следует из пояснений К.Г., в 13 часов 10 минут она прибыла по адресу, указанному в сообщении о проведении собрания, и в 13 часов 45 минут поднялась на 6-й этаж с целью найти офис 605, где смогла обнаружить только одного охранника, который сообщил, что никого из сотрудников ЗАО «Телеграф» на месте нет. Обнаружить офис 605 и войти в него К.Г. также не удалось, т.к. все двери на 6-м этаже были закрыты и на них отсутствовали номера. Наряду с К.Г. по адресу проведения собрания прибыла нотариус З., засвидетельствовавшая факт нахождения представителя ОАО «Центральный телеграф» в 13 часов 45 минут на 6-м этаже здания по адресу: Москва, ул. Тверская, д. 7.

Ранее в собраниях, проводившихся по соответствующему адресу, К.Г. не участвовала и была там впервые, поэтому не могла знать о том, где расположен конкретный офис, и не могла предположить место его нахождения, т.к. нумерация отсутствовала на всех офисах 6-го этажа. При этом суд апелляционной инстанции обоснованно принял во внимание то обстоятельство, что общая площадь здания, в котором должно было проводиться собрание, составляет 6000 кв. м, шестой этаж здания представляет собой офисные помещения, занимаемые, помимо ЗАО «Телеграф», различными арендаторами, осуществляющими предпринимательскую деятельность».

Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 07.11.2006 № Ф08-5243/2006 по делу № А63-420/2005-С2:

«Истец был лишен возможности своевременно оспорить решение собрания вследствие действий ответчика, выразившихся в том, что истец был исключен из списка акционеров, не извещался о собрании и вынужден был обратиться в суд с требованием о признании прав на акции; ответчик вместо признания факта незаконного исключения истца из реестра акционеров оспаривал права истца на акции вплоть до арбитражного суда кассационной инстанции. Такие действия ответчика являются злоупотреблением правом. В силу статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации суд может отказать в защите лицу, допустившему злоупотребление правом. Заявление о применении срока исковой давности является одним из способов защиты прав. Следовательно, на него распространяется правило о возможности отказа в судебной защите лицу, злоупотребляющему своими правами; если ответчик своими действиями препятствовал своевременной подаче иска, суд может отказать в применении срока исковой давности».

Постановление ФАС Поволжского округа от 26.01.2007 по делу № А57-10213/06-25 (поддержано Определением ВАС РФ от 21.05.2007 № 3708/07):

«...Определение во внутреннем документе акционерного общества в качестве мест проведения общих собраний акционеров населенных пунктов, находящихся вне пределов Российской Федерации (г. Минск, г. Катманду), является злоупотреблением правом по смыслу ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Определив место проведения общего собрания акционеров общества за пределами Российской Федерации, вне места находящегося общества, акционеры – физические лица могут быть лишены возможности участвовать в собрании акционеров по причине значительной отдаленности от места нахождения общества.

Из смысла положений ст. ст. 52, 54 Федерального закона «Об акционерных обществах» и п. 2.9 Положения ФКЦБ Российской Федерации № 17/ПС от 31.05.2002 следует, что собрания акционеров должны проводиться либо по месту нахождения общества, либо в ином конкретном месте, установленном уставом или внутренним документом общества. Указанные требования, законы и положения установлены в целях доступности и реальной возможности всех акционеров, в том числе физических лиц, принять участие в собраниях акционеров. В обратном случае нарушается принцип добросовестности и разумности действий участников гражданских правоотношений».

Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 06.03.2007 № Ф08-917/2007 по делу № А53-8797/2006-С4-28:

«...Рассмотрение вопроса о досрочном прекращении полномочий членов совета директоров, избранных на указанные должности на том же собрании акционеров, лишает общество коллегиального органа управления, что может привести к дестабилизации его хозяйственной деятельности, необходимости повторного созыва общего собрания для избрания совета директоров. Данные обстоятельства непосредственно влияют на права и законные интересы акционеров общества, поэтому ссылка заявителей кассационных жалоб на отсутствие нарушения прав В.Е. Шукшунова оспариваемым решением отклоняется. Принимая такое решение, совет директоров удовлетворил требование акционера, совершенное с целью причинения вреда обществу, следовательно, в силу статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации такое решение является недействительным».

Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 27.06.2007 № Ф08-3883/2007 по делу № А53-6703/2006-С4-50 (поддержано Определением ВАС РФ от 24.09.2007 № 11581/07):

«Участники общества вправе руководствоваться положениями статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации о том, что не допускаются действия граждан, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Как правильно указано судом первой инстанции, причины систематической неявки А.А. Валаева на общие собрания нельзя признать уважительными, так как с учетом сроков его уведомления о дате проводимых собраний и диагноза заболевания истец имел возможность присутствовать на собраниях. Кроме того, несмотря на наличие у заявителя временной нетрудоспособности 25.06.2005, А.А. Валаев был в помещении общества, опечатал кабинет, но от явки на общее собрание уклонился.

Ссылка заявителя жалобы на то, что, не участвуя в собрании общества и заочно голосуя против любых принимаемых решений, он использовал свое законное право, подлежит отклонению. Статьей 8 Закона действительно предусмотрено право, но не обязанность участника участвовать в управлении делами общества, однако использование своих прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в других формах влекут отказ лицу, злоупотребляющему своим правом, в его защите. Реализация участником права на участие в управлении делами общества часто является необходимым условием осуществления этого же права дру-

гими участниками. Отсутствие на собрании участника, обладающего даже минимальной долей, существенно затрудняет реализацию прав другими участниками. При таких обстоятельствах общее собрание не способно принять ни одного решения, относящегося к его компетенции. В данном случае при отказе участвовать в собраниях и голосовать долей в размере 38.5% при единогласном желании остальных участников принять соответствующие решения А.А. Валаев намеренно блокировал возможность внесения изменений в учредительные документы общества».

Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25.08.2008 № Ф08-4984/2008 по делу № А53-20999/2007-С1-36:

«При рассмотрении спора суды правильно исходили из того, что само по себе обращение за судебной защитой является конституционным правом гражданина и не может служить основанием для исключения участника из общества. Вместе с тем согласно части 3 статьи 17 Конституции Российской Федерации осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. В соответствии с пунктом 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах.

Заявление В. необоснованных исков в суд об оспаривании решений общего собрания участников, в том числе где голосование по вопросам осуществлялось ею «за» (через представителей), обоснованно квалифицировано судами как злоупотребление правами, предоставленными статьей 43 Закона. Суды установили, что принятые в рамках заявленных В. исков обеспечительные меры существенным образом затруднили деятельность общества, повлекли для него негативные последствия. Наложенные в качестве обеспечительных мер аресты на недвижимое имущество, принадлежащее обществу, не позволили обществу приобрести необходимые кредиты в банке на приемлемых условиях, создали негативную репутацию общества, что, в свою очередь, привело к срыву контрактов и неполучению доходов от уставной деятельности.

Приведенные обстоятельства правомерно признаны судами достаточными для применения статьи 10 Закона и исключения В. из общества».

Постановление ФАС Московского округа от 31.08.2006, 07.09.2006 № КГ-А40/8171-06 по делу № А40-84583/05-138-653:

«...Участник общества с ограниченной ответственностью (ООО) «Фирма «Балтия»» А. обратилась в Арбитражный суд города Москвы с иском к указанному обществу и просила обязать ответчика в десятидневный срок с момента вынесения решения предоставить А. книгу протоколов общего собрания участников общества для ознакомления и копии протоколов общих собраний участников общества за период с января 2005 года по настоящее время.

Уточнив требования, истица просила обязать ООО «Фирма «Балтия»» в десятидневный срок с момента вынесения решения предоставить А. в лице представителя книгу протоколов общего собрания участников общества для ознакомления; копии протоколов общих собраний участников общества за период с 1 января 2005 года по 28 декабря 2005 года, удостоверенные в установленном законом порядке (л.д. 88–90).

Исковые требования мотивированы тем, что истица в лице своих представителей С., Н. неоднократно обращалась к ответчику с просьбой предоставить указанные выше документы общества, однако требования истицы до настоящего времени ответчиком не удовлетворены...

Под осуществлением права понимается поведение лица, соответствующее содержанию принадлежащего ему права, при этом свобода распоряжения гражданскими правами, усмотрение в выборе действий не являются беспредельными.

Статья 10 Гражданского кодекса Российской Федерации не допускает злоупотребление правом, поскольку таковое объективно причиняет вред другим лицам.

Кассационная инстанция находит обоснованным вывод апелляционного суда о наличии в действиях А. признаков злоупотребления правом.

Этот вывод подтверждается материалами дела, свидетельствующими о том, что истица имела реальную возможность ознакомиться с документами общества, неоднократно приглашалась в общество для такого ознакомления, доказательств уклонения ответчика от предоставления истице требуемых документов в дело не представлено, напротив, судом установлено, что ООО «Фирма «Балтия»» действовало разумно и добросовестно, обеспечивая А. возможность осуществления ею прав участника общества.

Судом установлено, что в результате выдачи А. доверенностей с правом передоверия фактическое количество представителей, которые представляли интересы А., в том числе с правом требовать предоставления документов общества, составило 8 человек.

В этой связи апелляционный суд правомерно исходил из того, что такое множество представителей истицы, не доказавших своей незаинтересованности, фактически получало возможность ознакомления с документами общества, что объективно могло причинить вред обществу ответчика, при этом в заседании кассационной инстанции представители ссылались на неграмотность истицы и ее преклонный возраст, а также на необходимость оказания истице квалифицированной юридической помощи, не указав при этом, какие конкретно получены ими от истицы поручения по защите ее прав и какова цель их ознакомления с документами общества».

Таким образом, вышеизложенная судебная практика подтверждает эволюционное развитие российских представлений о злоупотреблении правом в направлении выделения недобросовестности как ключевой разновидности злоупотребления правом.

**Реформа правил о злоупотреблении правом в 2013 г.**

В 2013–2015 гг. в России произошло существенное реформирование ГК РФ посредством принятия серии законов, изменяющих различные институты.

Обоснование реформы было заложено в 2008–2009 гг. и опубликовано[1]. Официальный документ называется «Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации» и утвержден 7 октября 2009 г. на заседании Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. Документ представляет собой дорожную карту реформы, в которой обозначены не столько мотивы реформаторов, сколько те задачи, которые необходимо было выполнить при проведении реформы. Поэтому интерес представляют предварительные материалы, которые также публиковались весной 2009 г.

Работа велась в разных группах, к реформе ст. 10 ГК РФ имела отношение группа по совершенствованию общих положений ГК РФ. По итогам работы данной группы (всего было несколько групп) был подготовлен проект Концепции совершенствования общих положений ГК РФ[2]. Данный документ называется проектом, поскольку это был первый вариант, подготовленный для опубликования и сбора замечаний весной 2009 г.

[1] http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/koncepciya1/

[2] Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 4; http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/koncepciya7/

В дальнейшей работе идеи данного проекта не претерпели существенных изменений, но, к сожалению, в качестве мотивировки они не вошли в итоговый документ (не по причине несогласия с ними, а поскольку было принято решение существенно сократить итоговый текст Концепции). Поэтому идеи и обоснование реформы можно почерпнуть только из данного проекта Концепции. Ниже приводятся выдержки из него, относящиеся к проблеме злоупотребления правом.

«1.2. Статья 10 ГК РФ устанавливает пределы осуществления гражданских прав, закрепляя прямой запрет на такие действия граждан и юридических лиц, которые осуществляются исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах.

На практике возникают затруднения при определении иных форм злоупотребления правом, однако обзор практики, осуществленный ВАС РФ в информационном письме от 25.12.2008 г. № 127, позволяет установить, что иными формами злоупотребления правом признается недобросовестное поведение участников оборота, приводящее к неблагоприятным последствиям для иных лиц. [...]

1.4. Недостатком п. 2 ст. 10 ГК РФ является то, что она ориентирована на последствия для нарушителя (лица, допустившего злоупотребление правом), но не допускает установления каких-либо дополнительных возможностей для лица, пострадавшего от такого злоупотребления. В действующем законодательстве норма, позволяющая применить такой способ защиты гражданских прав, как возмещение убытков при злоупотреблении правом, отсутствует, а следовательно, сохраняется риск того, что причиненные потерпевшему вследствие злоупотребления правом убытки не будут отнесены на лицо, допустившее соответствующее нарушение. Вместе с тем, данная норма в качестве основной цели имеет не наказание нарушителя, а исключительно защиту прав и законных интересов потерпевшего. Из нормы напрямую не следует, что суды вправе применить ее не только по заявлению потерпевшего, но и по собственной инициативе. Кроме того, указанная норма должна быть применима в равной мере как в том случае, когда за защитой права обращается лицо, злоупотребившее им, так и тогда, когда за защитой своего нарушенного права обращается потерпевший. [...]

2. Предложения по совершенствованию законодательства

2.1. Целесообразно воспринять опыт судебной практики и детализировать в ст. 10 ГК РФ понятие иных форм злоупотребления правом, отнеся к их числу недобросовестное поведение, причиняющее неблагоприятные последствия иным лицам. Кроме того, в качестве общего

принципа может быть воспринято положение о том, что никто не может извлекать выгоды из своего незаконного или недобросовестного поведения.

2.2. В рамках п. 2 ст. 10 ГК РФ необходимо нормативно предусмотреть, что в случае несоблюдения правил о недопущении злоупотребления правом другое лицо (потерпевший) имеет право на возмещение причиненных ему убытков».

Таким образом, основным практическим выводом по итогам работы над Концепцией стала тесная связь между принципом добросовестности, который был провозглашен в ГК РФ тем же законом, что изменил содержание ст. 10 ГК РФ, и институтом злоупотребления правом. Принцип добросовестности может быть охарактеризован как одна сторона («плюс»), а запрет злоупотребления правом – как другая сторона («минус») одного и того же явления. Это важно для понимания той практики по злоупотреблению правом, которая складывалась после 2013 г.

После реформирования ГК РФ норма ст. 10 ГК РФ была в фокусе внимания многих.

Автором статьи в соавторстве с А.А. Громовым был опубликован следующий комментарий к прошедшей реформе: «Данная норма позволяет определить виды злоупотребления правом.

Во-первых, лицо может осуществлять свое право исключительно с намерением причинить вред третьим лицам (шикана)...

Во-вторых, не допускается «иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав». В пояснительной записке к законопроекту отмечалось, что изменение содержания категории «злоупотребление правом» в п. 1 ст. 10 ГК РФ вызвано необходимостью уточнить абстрактную формулу «злоупотребления правом в иных формах», которая имела место в предыдущей редакции ст. 10 Кодекса. Введенная формулировка «заведомо недобросовестных действий» тоже является неопределенной, но она привычнее для судебной практики. Кроме того, сделав акцент на запрете недобросовестных действий в их крайней форме «заведомости» (то есть умысла), законодатель установил специальную норму, корреспондирующую с общей нормой, вводящей в ст. 1 ГК РФ принцип добросовестности. В информационном письме № 127 иными формами злоупотребления правом признается недобросовестное поведение участников оборота, приводящее к неблагоприятным последствиям для иных лиц»[1].

[1] *Громов А., Егоров А.* Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ: самые значимые поправки. М.: Актион-Медиа, 2014. С. 12.

Среди мнений ученых, опубликованных в последнее время, наибольший интерес представляет позиция А.Г. Карапетова. Он полагает, что «закон в п. 3 ст. 1 ГК РФ требует добросовестного поведения при осуществлении и защите права, и нет смысла нарушение принципа добросовестности при осуществлении и защите права, с одной стороны, и злоупотребление правом, с другой стороны, воспринимать как различные правовые феномены. Куда логичнее запрет на злоупотребление правом приравнивать к недобросовестным осуществлению или защите права, т.е. представлять п. 1 ст. 10 ГК РФ как одну из эманаций принципа добросовестности. Это вполне традиционное для европейского права решение, логично согласовывающее между собой универсальную концепцию доброй совести и доктрину злоупотребления правом... Иначе говоря, нет смысла искать какое-то специфическое значение доктрины злоупотребления правом. Речь идет о недобросовестности при осуществлении и защите права. Таким образом, злоупотребление правом представляет собой одно из проявлений принципа добросовестности»[1].

Исходя из этого можно выдвинуть предположение, что в современной доктрине получил поддержку взгляд на злоупотребление правом как на разновидность недобросовестных действий.

**Злоупотребление правом и вина**

В п. 1 ст. 10 ГК РФ злоупотреблением правом признается *заведомо* недобросовестное осуществление права. Рассмотрим, какую нагрузку в данной норме несет указанное слово.

Первая версия – речь в данном случае идет об умышленном поведении. Более того, А.Е. Шерстобитов полагает, что «использование термина «заведомо» неизбежно наводит на мысль о том, что такие действия должны совершаться исключительно с прямым умыслом»[2], т.е. отвергает возможность косвенного умысла. Но, на наш взгляд, для столь узкого понимания слова «заведомо» не имеется оснований.

Об умысле как форме вины пишет Р.Х. Абдрашитов: «Злоупотребление правом возможно, только если лицо сознает недобросовест-

[1] *Карапетов А.Г.* Основные положения гражданского права: пост. комментарий к ст. 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: Статут, 2020. С. 530–531.

[2] *Шерстобитов А.Е.* Злоупотребление правом: доктрина и практика // Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею Владимира Саурсеевича Ема. С. 465.

ность своего поведения и имеет намерение получить выгоды за счет своих действий или преследует цель причинить вред другому лицу... Поэтому неосторожность не является злоупотреблением правом, поскольку в таком случае будет отсутствовать квалифицирующий признак – желание причинить вред или получить выгоды именно за счет своей недобросовестности»[1].

Я.А. Смирнова допускает злоупотребление правом и в форме неосторожности: «Умысел признается тогда, когда лицо предвидело противоправный характер своего поведения и наступление отрицательных последствий, но желает или сознательно допускает и не предотвращает их наступление. Неосторожность имеет место тогда, когда лицо хотя и не предвидело неблагоприятных последствий своего поведения, но могло и должно было их предвидеть и предотвратить. В этом отношении термин «заведомо» может покрывать как фактическое желание или сознательное допущение управомоченным лицом недобросовестности в своих действиях, так и фактическую возможность и обязанность такого лица это сделать (формула «могло и должно было»), следующую из конкретных объективных обстоятельств.

В этом случае недобросовестные действия, совершенные по неосторожности, могут быть квалифицированы как злоупотребление правом»[2].

Совсем иначе расставляет акценты А.Г. Карапетов: «Учитывая разнообразные виды злоупотребления правом, считать злонамеренность неотъемлемым условием применения п. 1 ст. 10 ГК РФ вряд ли оправданно... Соответственно, слово «заведомо» в данном контексте, видимо, следует понимать следующим образом: суд должен признавать недобросовестными только те случаи осуществления и защиты права, когда недобросовестность абсолютно очевидна. По большому счету особой смысловой нагрузки этот термин, как представляется, не имеет, выступая скорее лишь как попытка предупредить судей о нежелательности ограничения субъективных прав без серьезных политико-правовых оснований. Доктрина злоупотребления правом может легитимно применяться только в самых вопиющих ситуациях, когда чувство справедливости восстает против формального правоприменения, а ущемление интересов общества или конкретных лиц

[1] *Абдрашитов Р.Х.* Основы цивилистики: учеб. пособие / под ред. А.В. Егорова и Э.А. Евстигнеева. М.: Ассоциация выпускников РШЧП, 2020. С. 180.

[2] См.: *Смирнова Я.А.* Злоупотребления корпоративными правами участниками хозяйственных обществ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 64–65.

достигает такого критического уровня, что совесть не позволяет мириться с тем результатом, который порождает реализация формального правомочия»[1].

Действительно, в ГК РФ встречаются нормы, в которых слово «заведомо» не используется как синоним слова «умышленно». Как правило, это происходит в словосочетании «сторона заведомо должна была знать (о чем-то)».

Например, согласно п. 3 ст. 253 ГК РФ «совершенная одним из участников совместной собственности сделка, связанная с распоряжением общим имуществом, может быть признана недействительной по требованию остальных участников по мотивам отсутствия у участника, совершившего сделку, необходимых полномочий только в случае, если доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об этом».

В данном примере слово «заведомо» используется как синоним слова «очевидно», т.е. в том значении, которое А.Г. Карапетов предлагает видеть в ст. 10 ГК РФ. Таким образом, его позиция также имеет право на существование. К сожалению, пока судебная практика не обратилась к данной проблеме толкования значения термина «заведомо» в п. 1 ст. 10 ГК РФ.

С учетом изложенного можно предложить следующий компромиссный подход: слово «заведомо» может толковаться по-разному – и как синоним слова «умышленно», и как синоним слова «очевидно». Второе толкование включает в себя всякое умышленное поведение (с прямым или косвенным умыслом), но позволяет применять объективный масштаб в отношении субъекта, чьи действия проверяются на предмет злоупотребления правом. Это может упрощать доказывание умысла: если имеет место очевидное злоупотребление, то оно предполагается умышленным, пока не будет доказано иное.

**Судебная практика по злоупотреблению правом после реформы 2013 г.**

Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 02.06.2020 № Ф07-3947/2020 по делу № А56-25503/2019.

В данном деле участник (Союз) запросил информацию у компании (Комбинат), она выразила готовность ее предоставить, но участник уклонялся от получения информации. Тем не менее участник обратил-

[1] *Карапетов А.Г.* Указ. соч. С. 533.

ся с иском в суд, в иске было отказано со ссылкой на злоупотребление правом участником. Иными словами, имеются признаки противоречивого поведения участника.

«Судами установлено, что на спорное требование Союза Комбинат незамедлительно подготовил ответ от 28.05.2018, в котором выразил готовность передать необходимые документы, установив дату для соответствующей встречи. Между тем Союз, не опровергнув указанные документы, доказательств явки на эту встречу в согласованное время или уклонения от нее Комбината в материалы дела не представил, равно как и не привел уважительных мотивов уклонения от согласования иной даты (времени) для такой встречи, притом что, как он сам пишет в жалобе, его воля была направлена именно на ознакомление с документами Комбината путем их предоставления последним.

Более того, впоследствии Комбинат предпринял действия для предоставления Союзу документов в иную дату и вынес этот вопрос на обсуждение (повестку дня) общих собраний участников, на которые, как и на указанные встречи, истец не явился. Только после этого Комбинат направил пакет документов (в виде копий) по адресу Союза, который их не получил, при том что в силу пункта 3 статьи 54 ГК РФ юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений (статья 165.1), доставленных по адресу, указанному в ЕГРЮЛ, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя (сообщения, доставленные по адресу, указанному в ЕГРЮЛ, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу).

Таким образом, суды с учетом положений норм Гражданского кодекса Российской Федерации, Закона № 14-ФЗ, разъяснений, изложенных в Информационном письме № 144, обоснованно отклонили доводы Союза, поскольку в данном случае установили уклонение самого истца от получения информации (документов) о деятельности Комбината, что при предъявлении им в то же время настоящего иска свидетельствует о злоупотреблении правом с его стороны.

При таких обстоятельствах суды обеих инстанций правомерно отказали в удовлетворении заявленных требований».

Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 09.12.2016 № 04АП-6210/2016 по делу № А58-3014/2016.

В данном деле истец предъявил требование об исключении другого участника из общества с ограниченной ответственностью, но преследовал при этом недобросовестные интересы – хотел вытеснить конкурирующего участника из общества. Суд отказал в требовании

со ссылкой на недобросовестность поведения истца и злоупотребление правом с его стороны.

«...Суд учел, что между истцом и ответчиком имеется продолжительный корпоративный конфликт, и действительной причиной обращения в суд с требованиями об исключении из общества является желание истца за счет интересов другого участника разрешить внутрикорпоративный конфликт, а не действия (бездействие) последнего по причинению вреда обществу. Отказ в иске является правомерным, поскольку исключение ответчика из общества при отсутствии бесспорных доказательств в обоснование иска не может являться инструментом для разрешения спора. Исключение участника из общества правомерно расценено судом как механизм получения контроля над обществом и лишения другого участника законных прав на свою долю. Указанные действия не отвечают требованиям, установленным пунктом 4 статьи 1, статьей 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, исключающими возможность удовлетворения иска при установлении фактов недобросовестного поведения стороны».

Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11.07.2014 по делу № А53-15508/2013.

В данном деле суд столкнулся со следующей ситуацией. В обществе было четыре участника, один из них – Тимошенко имел долю в размере 18% и был с 2009 г. генеральным директором общества. При этом согласно уставу общества решение о выборе генерального директора могло быть принято только единогласно. Далее судом было принято решение о временном отстранении Тимошенко от должности директора (на период расследования уголовного дела). Общество осталось без директора, при этом в России у суда нет опции назначить временного управляющего на место директора, пока его не выберут участники. Было проведено собрание участников, на котором представитель Тимошенко голосовал против избрания другого лица директором (однако за это решение высказались 82% участников). В дальнейшем он просил признать принятое решение незаконным (ввиду нарушения правила устава о единогласии), но суд отклонил его требование со ссылкой на злоупотребление правом с его стороны.

«Оценив действия истца с учетом ранее состоявшихся собраний, апелляционный суд пришел к выводу о том, что Тимошенко В.В. не желает прекращать корпоративный конфликт и препятствует избиранию единоличного исполнительного органа, в том числе из состава независимых кандидатов. Установив, что такое поведение истца препятствует нормальному функционированию общества, лишенного

единоличного исполнительного органа, апелляционный суд на основании статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации сделал вывод о наличии в действиях истца признаков злоупотребления правом. При этом апелляционный суд обоснованно учел, что доля истца в уставном капитале общества составляет 18%, а доли остальных трех участников, проголосовавших за кандидатуру Давиденко И.М., – 82%; определением судебной коллегии по уголовным делам Ростовского областного суда от 16.07.2013 № 22-4461/13-ск по представлению следователя приняты меры процессуального принуждения в виде отстранения Тимошенко В.В. от должности генерального директора общества. Следовательно, сам Тимошенко В.В. не мог быть избран директором общества, тем не менее выдал своему представителю доверенность голосовать на собрании 23.07.2013 только за него и против иных кандидатур».

Решение Арбитражного суда Сахалинской области от 26.09.2017 по делу № А59-942/2017:

«Оценив действия истца – Слепухиной Н.В., выразившиеся в подаче ею последовательно в период с 2011 года по настоящее время более 10 исковых заявлений с различными требованиями корпоративного характера к Обществу (дела А59-2856/11, А59-4676/11, А59-256/12, А59-2012/12, А59-3815/13, А59-5802/13, А59-990/15, А59-2366/15, А59-2953/2015, А59-3165/2015), притом в каждом из дел исследовалось правовое положение участников общества, запрашивались выписки из ЕГРЮЛ и иные документы, а судами сделаны однозначные и подтвержденные материалами дела выводы о создании Общества, о составе его участников и о размере их долей, суд приходит к выводу о том, что истцу на момент подачи настоящего иска было достоверно известно о наличии у ответчиков статуса участников Общества с соответствующими размерами их долей.

Суд также приходит к выводу о том, что со стороны Слепухиной Н.В. имеет место длительное корпоративное противостояние интересам Общества в лице его участников, вследствие которого Слепухина Н.В. неоднократно инициировала иски к Обществу, а действия Слепухиной Н.В. фактически направлены на искусственное создание видимости спорного материального правоотношения и тем самым являются злоупотреблением правом.

При этом Слепухина Н.В. ни в одном из судебных споров не представила доказательств, свидетельствующих о нарушении ее прав как участника Общества, а также доказательств, свидетельствующих о введении ее Обществом или участниками Общества в заблуждение либо

о сокрытии от нее кем-либо сведений относительно состава участников Общества...

С учетом изложенного, суд приходит к выводу о том, что, предъявляя требование о недействительности долей всех участников Общества при наличии судебных актов о принадлежности указанным участникам указанных в иске долей, Слепухина Н.В. действует с намерением причинить вред Обществу в лице его участников посредством исключения последних из состава участников Общества, что, в конечном итоге, влечет ликвидацию самого Общества и нарушает права его участников...

С учетом изложенного суд отказывает в удовлетворении иска на основании ст. 10 Гражданского кодекса РФ».

Таким образом, практика подтверждает идеи, высказанные в доктрине, о правовой природе злоупотребления правом как недобросовестного поведения.

**Общее понятие недобросовестности (в объективном смысле)**

Понятие недобросовестности, из которой рождается злоупотребление правом, достаточно сложно описать.

Как отмечали видные ученые, проще в конкретном случае констатировать, что недобросовестность имела место, чем описать проявления недобросовестности в абстрактных формулировках.

И.Б. Новицкий писал: «Вендт, посвятивший большую работу вопросу об exceptio doli generalis в современном праве, носящую подзаголовок «Добросовестность в праве долговых отношений», оговаривается, что он не задается целью дать точное определение понятия и что bona fides несет в себе много неопределимого, много такого, что больше чувствуется и угадывается, чем поддается логическому расчленению[1]. Также Эртманн[2] замечает: что следует понимать под Treu und Glauben в действующем праве, легче оценить чувством, чем охватить рассудком, и формулировать как определенное понятие. Подобного мнения держится и Кромэ[3]»[4].

[1] Arch. f. civil. Prax., Bd. 100, 1906, 2B3.

[2] *Oertmann*. Rechtsordnung u. Verkehrssitte, 345. Ср.: Heis. Recht d. Schuldverh., 13.

[3] *Crome*. System, I, § 13, Anm. 14. Ср.: Regelsbergere Krit. Vierteljahresschr., Bd. 44 (1902), 429. Ср.: *Покровский И.И.* Основные проблемы гражданского права. С. 229 и след.

[4] *Новицкий И.Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2016. № 6.

Представляется правильным подход, при котором суд оценивает, нарушает ли поведение те границы, в которых оно является социально оправданным (исходя из уровня представлений о должном поведении в общественной жизни). Важно, что это именно граница, а не какая-то конкретная линия поведения, которая существует в голове у судьи, и он затем предписывает всем участникам оборота вести себя именно так, а не иначе. Если бы это было так, право было бы вытеснено произволом судей и лишилось бы такой своей важной черты, как формальная определенность норм.

Поэтому критерий добросовестности заключается в другом. Границы, в которых поведение признается добросовестным, довольно широки. Это может быть и поведение, которое заботится об интересах ближнего больше, чем о своих собственных (такое поведение максимально далеко отстоит от воображаемой границы недобросовестности), и поведение, которое преследует свои эгоистичные цели (так бывает чаще всего), это поведение ближе к границе (недобросовестности), но еще не переходит ее, а значит, признается допустимым и не наказывается.

Самое главное, что недобросовестность начинается там, где субъект переступает нижнюю границу, т.е. начинает вести себя настолько эгоистично, что противопоставляет себя обществу особо вопиющим образом. Фактически такое поведение начинает уничтожать общество. Если все будут себя вести так, то общество прекратит существование.

Ученые по-разному описывают это явление. Одни говорят о нарушении социального назначения права, другие – о том, что нарушается баланс интересов сторон, третьи – о том, что субъект не имеет заслуживающего защиты интереса в таком поведении, которое он осуществляет.

**Фидуциарные обязанности участников корпорации**

Введение в 2013 г. в ГК РФ принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК РФ: «При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно») оказало и иное влияние на понятие злоупотребления правом. Судебная практика и доктрина, в точности с происходящим за рубежом, например в Германии, стали основывать на принципе добросовестности дополнительные обязанности участников гражданских правоотно-

шений, которые иногда прямо не названы в законах. При этом нарушение подобных обязанностей нередко квалифицируется учеными и судами как злоупотребление правом (заведомо недобросовестное поведение).

При этом известный иностранным правопорядкам принцип лояльности в корпоративном праве, который гласит: любой участник хозяйственного общества обязан действовать в интересах общества и общих интересах участников[1], имеет в России важную особенность. Дело в том, что он является фидуциарной обязанностью и выводится из обязанности действовать добросовестно в интересах юридического лица (п. 3 ст. 53 ГК РФ).

Иными словами, «добросовестно» и «лояльно» в российском праве слова-синонимы. Возможно, это не вполне точно с точки зрения теории права, но это факт, который имеет место в настоящее время, а также обладает 25-летней историей.

Нелояльное поведение участника (нарушение фидуциарной обязанности) по отношению к корпорации является недобросовестным, а памятуя о том, что злоупотребление правом и есть заведомо недобросовестное поведение, во многих случаях суды признают такое поведение злоупотреблением правом (правом на участие в управлении корпорацией и т.п.).

Необходимо внести нормативное обоснование, по какой причине на участников корпорации распространяется обязанность действовать добросовестно в интересах корпорации, в то время как в ст. 53 ГК РФ речь идет только об обязанности директоров компании перед ней.

Данная обязанность участников корпорации по отношению друг к другу выводится путем толкования нескольких норм.

Во-первых, на основе ст. 65.2 ГК РФ, где перечисляются конкретные обязанности участника (например, обязанность неразглашения конфиденциальной информации о деятельности общества, обязанность участвовать в принятии корпоративных решений, обязанность не совершать действия, которые заведомо причиняют вред корпорации

[1] См.: *Шайдуллин А.И.* Конфликт интересов в обществе. Как участнику защитить свои права на основе принципа лояльности // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 6. С. 102–106; *Егоров А.В.* Участник корпорации нарушает фидуциарные обязанности: два способа привлечь его к ответственности // Там же. С. 90–101. О Германии: *Rocco J.* Der GmbH-Gesellschafter. 3. Aufl. Springer Verlag. 2009. S. 192–193; *Bungeroth E.* // Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 3. Aufl. Bd. I. Munchen, 2008. S. 1195. Об Австрии: *Doralt/Winner* // Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 3. Aufl. Bd. I. Munchen, 2008. S. 1207–1213. Rn. 53–75.

или существенно затрудняют достижение целей корпорации), делается вывод о наличии у участников корпорации фидуциарных обязанностей по отношению к другим участникам.

Во-вторых, содержание этих обязанностей фактически охватывается обязанностью верности интересам корпорации и разумной заботой об этих интересах[1], а это те самые обязанности действовать «добросовестно» и «разумно», которые установлены в п. 3 ст. 53 ГК РФ. Следовательно, эта норма может применяться к участникам корпорации по аналогии.

Заметим, что законодатель не дает каких-либо оснований полагать, что указанные обязанности распространяются только на мажоритарных участников (акционеров).

Как справедливо отмечает Р. Макин, фидуциарные обязанности могут быть использованы правоприменителями и участниками оборота для тех случаев, когда требуется определить стандарт поведения участника корпоративных отношений в отсутствие прямой нормы в законодательстве[2]. Таким образом, указанные обязанности представляют собой общую клаузулу, которая позволяет пресекать злоупотребления участников корпорации.

Некоторые ученые полагают, что фидуциарные обязанности существуют только применительно к контролирующим участникам (акционерам). В частности, такой вывод обосновывается в докторской диссертации О.В. Гутникова[3]. Однако представляется справедливой позиция Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, содержащаяся в отзыве ведущей организации на указанную диссертацию: «Идея фидуциарных обязанностей не связана с корпоративной властью, а обусловлена правом членства в корпорации. Потому любой член корпорации несет такие обязанности, вне зависимости от уровня корпоративного влияния. Хотя, безусловно, «с большим влиянием приходит и большая ответственность» (ориг. на англ.: «with great power comes great responsibility»). А основана она в российском праве, как представляется, на положениях п. 3 ст. 53

[1] *Макин Р.* Фидуциарные обязанности миноритарных участников хозяйственных обществ // Корпоративное право: проблемы и решения: сб. работ. М.: Ассоциация выпускников РШЧП, 2020. С. 331–335.

[2] *Макин Р.* Некоторые аспекты фидуциарных обязанностей в корпоративном праве // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2018. № 6. С. 69–74.

[3] См.: *Гутников О.В.* Гражданско-правовая ответственность в отношениях, связанных с управлением юридическими лицами: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2018, С. 148.

и п. 4 ст. 65.2 ГК РФ»[1]. Я.А. Смирнова также доказывает, что фидуциарные обязанности возникают у любого участника хозяйственного общества перед обществом независимо от размера принадлежащей ему доли в уставном капитале[2]. К аналогичному выводу приходят А.И. Шайдуллин[3] и Р. Макин[4].

Таким образом, чем больше уровень влияния участника на принятие тех или иных решений, тем больше уровень ответственности (и требуемой лояльности) за принятые решения. Вместе с тем обязанность действовать в интересах компании и участников касается и миноритарных участников (акционеров) вне зависимости от размера доли (количества акций).

Распространенным мотивом злоупотребления миноритариями своими правами как в России, так и за рубежом является намерение миноритария снискать удобную переговорную позицию (*bargaining tool*), чтобы продать мажоритарному акционеру как можно дороже свои акции (гринмейл)[5]. Тактика действий в данном случае довольно простая. Миноритарий максимально затрудняет деятельность компании путем оспаривания решений, подачи необоснованных исков в суд, блокирования решения собраний, подачи жалоб в государственные органы и т.п. Совершенно очевидно, что в результате деятельность компании существенно затрудняется, что заставляет мажоритарного акционера выкупать акции миноритария по любой цене, чтобы можно было обеспечить спокойное продолжение дея-

[1] Отзыв ведущей организации Федерального государственного бюджетного научного учреждения «Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации» на диссертацию Гутникова Олега Валентиновича на тему «Гражданско-правовая ответственность в отношениях, связанных с управлением юридическими лицами», представленную на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право от 19 марта 2019 г.

[2] См.: *Смирнова Я.А.* Злоупотребления корпоративными правами участниками хозяйственных обществ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019.

[3] См.: *Шайдуллин А.И.* Указ. соч.

[4] См.: *Макин Р.* Фидуциарные обязанности миноритарных участников хозяйственных обществ и их применение в ситуации злоупотребления правом на блокирование решения компании // Корпоративное право: проблемы и решения: сб. работ / сост. и отв. ред. И.С. Чупрунов. М.: Ассоциация выпускников РШЧП, 2020.

[5] См.: *Pierre-Henri Conac*. The Shareholders' Duty Not to Abuse Rights. Shareholders' Duties / Hanne S. Birkmose (ed.) // Kluwer Law International, 2017. Nordic & European Company Law. Working Paper No. 18-06. P. 373.

тельности общества[1]. Понятно, что мажоритарный акционер в такой ситуации вынужден следовать логике, отраженной в известных словах Фердинанда Шилля о том, что «лучше ужасный конец, чем ужас без конца».

Так, Я.А. Смирнова отмечает, что «на практике также встречаются случаи, когда другие участники выкупают долю миноритария, неугодного им, по цене его требования. Очевидно, что подобные ситуации создаются самими миноритарными участниками, которые действуют во вред другим участникам и (или) обществу. В юридическом смысле это означает, что миноритарии используют принадлежащие им корпоративные права в ущерб интересам других участников и (или) интересам общества в целом. В юридической литературе существует много названий для подобных явлений: «гринмейл» (greenmail – дословно «зеленая почта»), «корпоративный шантаж», в последнее время – активизм участников. Несмотря на различные названия, все такие действия являются не чем иным, как злоупотреблениями миноритарными участниками принадлежащими им корпоративными правами, запрещенными на основании ст. 10 ГК РФ»[2].

Таким образом, продолжает Я.А. Смирнова, «миноритарные участники допускают злоупотребления принадлежащими им корпоративными правами (в основном, неимущественными) с целью понуждения к выкупу своих акций (долей) по завышенной цене... Формами таких злоупотреблений, как правило, являются осуществление корпоративных прав исключительно с намерением причинить вред в первую очередь обществу и опосредованно через общество – другим участникам, а также третьим лицам (шикана) или иное недобросовестное осуществление таких прав»[3].

Формы злоупотребления миноритарными участниками своими правами могут быть различными. Очевидно, что в такой ситуации все имеющиеся правомочия миноритарный акционер будет использовать с намерением затруднить деятельность общества. Основные корпоративные права, злоупотребление которыми, как правило, допускают миноритарные участники, – это право на участие в управлении обществом (включая все входящие в него правомочия), право на ин-

[1] См. об этом: *Добровольский В.И.* Защита корпоративной собственности в арбитражном суде. Wolters Kluwer Russia, 2006. С. 180–183.

[2] *Смирнова Я.А.* Злоупотребления корпоративными правами участниками хозяйственных обществ: дис. ... канд. юрид. наук. С. 164.

[3] Там же.

формацию, а также право на предъявление исков в суд с требованием возмещения причиненных обществу убытков, или об оспаривании решений органов управления общества, или о признании сделки общества недействительной, или о применении последствий недействительности сделки и др.[1]

Р. Макин полагает, что «мыслима ситуация, когда миноритарный участник бесконечно инициирует проведение общих собраний по малозначащим вопросам, либо же при проведении общего собрания запрашивает не представляющую особой важности информацию, задает вопросы, не относящиеся к повестке дня, и т.д. ...

Также возможно злоупотребление правом при осуществлении миноритарным участником прав контрольного характера.

С недобросовестной реализацией миноритарным участником своих организационно-управленческих прав связана группа ситуаций, когда участник, хотя и не обладает достаточными корпоративными возможностями по принятию того или иного корпоративного решения, может тем не менее блокировать принятие решений, предлагаемых мажоритарным участником. Например, это относится к ситуации внесения изменений или дополнений в устав корпорации, ее реорганизации или ликвидации, одобрения крупной сделки»[2].

В науке данный феномен получил наименование «негативный контроль над корпорацией»[3]. Соответственно обладатель такого негативного контроля также может злоупотреблять своим правом на управление обществом.

Взятое в отдельности, каждое действие миноритарного акционера может являться правомерным, однако в совокупности все действия могут свидетельствовать о единственной цели – затруднении деятельности общества и оказании, таким образом, давления на мажоритарного акционера. Так, например, сама по себе подача жалобы в органы государственной власти вряд ли может быть признана нарушением обязанности лояльности. Вместе с тем при определенных условиях может быть очевидным, что реальное намерение участника при подаче жалоб состоит в создании затруднений для деятельности общества.

---

[1] *Смирнова Я.А.* Злоупотребления корпоративными правами участниками хозяйственных обществ: дис. ... канд. юрид. наук. С. 165.

[2] *Макин Р.* Указ. соч. С. 320.

[3] *Бойко Т.С.* Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 73–75.

Такое неблаговидное намерение участника может выражаться в подаче необоснованных жалоб либо многочисленных, пусть и обоснованных, жалоб формального свойства и т.д. Ключевым в данном случае является не то, действует ли участник формально правомерно либо нет. Главное – это намерение акционера на причинение вреда обществу, а также использование акционером принадлежащих ему прав способом и в целях, не соответствующих духу и букве закона.

Так, примером добросовестного поведения участника гражданских правоотношений является обращение лица в суд с иском или в государственный орган с жалобой с целью защитить свои права. В этом смысле обращение без реальной цели такой защиты является проявлением недобросовестного поведения и свидетельствует о злоупотреблении лицом своим правом на обращение в соответствующую инстанцию (например, в суд или государственный орган).

Направление многочисленных запросов о предоставлении информации и документов, а также иных требований в общество без реальной цели получить соответствующую информацию и документы аналогичным образом свидетельствует о злоупотреблении правом.

Как правило, сложнее доказать недобросовестность в каком-то разовом действии, связанном с осуществлением права. Однако это также возможно, например, если запрашивается информация, доступ к которой конкурентам общества может затруднить предпринимательскую деятельность последнего, или участник открыто нарушает свою фидуциарную обязанность перед обществом на собрании участников – например, голосует против очевидно выгодного для общества решения, особенно когда принятие такого решения диктуется необходимостью (избрание директора компании и т.п.).

Одним из главных признаков, позволяющих установить «заведомость» и недобросовестность действий, является их систематичность (если обладатель права повторяет свое действие, которое ранее уже проявило себя как необоснованное (например, был дан законный отказ в предоставлении информации)).

О противоправном давлении на компанию могут свидетельствовать жалобы, поданные миноритарным акционером в государственные органы. Если бы речь шла об однократной необоснованной жалобе, то ее можно было бы объяснить ошибкой или искренним заблуждением миноритарного акционера. Хотя и в таком случае добросовестно разбираться со своим оппонентом в суде, а не жаловаться проверяющим органам, которые могли бы наложить штраф на компанию (если бы жалоба была обоснованной), тем самым компании был бы причинен

вред. Но когда речь идет о систематически необоснованных жалобах, за ними видна истинная цель – понуждение мажоритарного акционера к выкупу акций у миноритария.

Воздерживаясь от участия в собраниях акционеров или голосуя «против» практически по всем вопросам повестки дня, миноритарный акционер вполне может нарушать свои фидуциарные обязанности перед акционерами общества, основанные на принципе добросовестности.

Необходимо исследовать каждый конкретный эпизод, но если решение было абстрактно полезным для компании, а не сводилось к ответным действиям мажоритарного акционера против миноритария в рамках развернувшегося между ними корпоративного противостояния, то такие действия миноритария недобросовестны.

**Взыскание убытков как санкция за злоупотребление правом**

Вопрос о том, могут ли взыскиваться убытки за действия, которые квалифицируются как злоупотребление правом, тесно связан с пониманием правовой природы данного института. На сегодняшний день в России устоялся взгляд на злоупотребление правом как на особый вид правонарушения, вследствие чего могут применяться общие правила о взыскании убытков.

Этот подход был представлен и до реформы ГК РФ в 2013 г., а сейчас он поддержан на уровне закона, поскольку в п. 4 ст. 10 ГК РФ прямо выражена идея о возможности взыскания убытков с лица, допустившего злоупотребление правом: «Если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков».

Могут быть приведены следующие подтверждения высказанной позиции из российских доктринальных источников.

О.В. Гутников (один из авторов идеи о включении в ст. 10 ГК РФ санкции за злоупотребление правом в виде возмещения убытков) указывал: «Возможность возмещения потерь за счет лица, допустившего злоупотребление правом, достаточно проблематична, поскольку прямого указания на такую возможность ст. 10 ГК РФ не предусматривает, а квалификация злоупотребления правом в качестве гражданско-правового деликта не бесспорна. В этой связи предлагается прямо указать в ст. 10 ГК РФ на возможность возмещения убытков лицам, пострадавшим от злоупотребления правом»[1].

[1] *Гутников О.В.* Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации: основные идеи // Закон. 2009. № 5. С. 33.

А.Г. Карапетов высказывает следующие позиции: «Отказ в защите права как базовая санкция на случай злоупотребления правом (п. 2 ст. 10 ГК РФ) равнозначен тому, что суд признает соответствующее поведение неправомерным и отказывается признавать его правовой эффект. Как уже отмечалось, нет смысла противопоставлять недобросовестность и неправомерность (подробнее см. подп. 3.16 комментария к п. 3 ст. 1 ГК РФ). Злоупотребление правом запрещено законом, а значит, попытка использовать право недобросовестно – это выход за правовые рамки. На это указывает и п. 4 ст. 10 ГК РФ, который говорит о том, что злоупотребление правом может повлечь нарушение чужого права, и в таких ситуациях лицо, допустившее злоупотребление, привлекается к ответственности. Нарушить чужое право можно, только выйдя за рамки своего права, то же касается, по общему правилу, и привлечения к ответственности»[1].

И далее: «Закон запрещает недобросовестное поведение и недобросовестное осуществление прав в частности, соответственно, недобросовестное поведение нарушает данный запрет и посему неправомерно... Неправомерность же является одним из условий для защиты пострадавшего путем взыскания возникших у него убытков»[2]; «Например, злоупотребление правом, вытекающим из корпоративных правоотношений, может повлечь взыскание убытков по правилам комментируемого пункта и норм ст. 393 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств, так как в силу ст. 307.1 ГК РФ к корпоративным правоотношениям, по общему правилу, применяются правила об обязательствах, а значит, и правило п. 3 ст. 307.1 ГК РФ о вытекающих из принципа добросовестности дополнительных правах и обязанностях и такая санкция за нарушение обязательства, как взыскание убытков по модели позитивного договорного интереса (ст. 393 ГК РФ)»[3].

А.Е. Шерстобитов указывает, что «злоупотребление правом является специальным видом гражданского правонарушения...»[4].

Из этого логически следует возможность применения санкций.

В.В. Витрянский рассматривает санкцию за злоупотребление правом в виде возмещения убытков как само собой разумеющееся решение: «Что касается возможности возмещения убытков, причи-

[1] *Карапетов А.Г.* Указ. соч. С. 535.

[2] Там же. С. 655.

[3] Там же. С. 657.

[4] *Шерстобитов А.Е.* Злоупотребление правом (доктрина и практика) // Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею Владимира Саурсеевича Ема. С. 461.

ненных другому лицу в результате злоупотребления правом (п. 4 ст. 10 ГК РФ), то здесь вряд ли можно обнаружить какую-либо специфику, связанную именно со злоупотреблением правом. Здесь имеет место противоправное нарушение (нарушение законодательного запрета на злоупотребление правом) субъективных гражданских прав другого лица, что во всех случаях признается основанием гражданско-правовой ответственности (ст. 15 ГК РФ)»[1].

Р.Х. Абдрашитов пишет, что «злоупотребление правом можно квалифицировать как гражданское правонарушение, умышленно совершаемое с использованием возможностей, предоставляемых принадлежащим правонарушителю субъективным гражданским правом, которое нарушает средние (общепризнанные) стандарты разумного и честного поведения»[2].

По мнению Я.А. Смирновой, «большинство исследователей понятия злоупотребления правом едины во мнении, что действия, признаваемые злоупотреблением правом, по тем или иным основаниям, являются действиями противоправными, т.е. праву не соответствующими. Логическим выводом из сказанного будет являться признание злоупотребления правом отдельной категорией противоправного поведения (наряду с деликтом), особым (неделиктным) видом правонарушения, не охватывающимся понятием общего гражданского деликта.

Представляется, что данная позиция разделяется также законодателем, распространившим прямым указанием в ст. 10 ГК РФ возможность взыскания убытков за злоупотребление правом»[3].

Законодатель не высказался прямо о том, какие виды убытков подлежат возмещению в качестве санкции за злоупотребление правом. Это означает, что возмещены могут быть любые убытки (в том числе за позитивный интерес), поскольку именно так правило об убытках сформулировано в ст. 15 ГК РФ, а также в ст. 393 ГК РФ.

Нормативное обоснование применения ст. 393 ГК РФ к убыткам, возмещаемым ввиду злоупотребления правом, выше было приведено в цитате А.Г. Карапетова.

В состав убытков прежде всего входят расходы, которые вынуждена была понести корпорация: например, расходы на перенастройку

[1] *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд. М.: Статут, 2018.

[2] *Абдрашитов Р.Х.* // Основы цивилистики: учеб. пособие / под ред. А.В. Егорова и Э.А. Евстигнеева. М.: Ассоциация выпускников РШЧП, 2020.

[3] *Смирнова Я.А.* Злоупотребления корпоративными правами участниками хозяйственных обществ: дис. ... канд. юрид. наук. С. 51.

бизнес-процессов, если акционер злоупотребил своим правом на информацию и использовал ее в интересах конкурентов; расходы на проведение дополнительного собрания акционеров (если первое собрание было заблокировано в результате неконструктивной позиции миноритарного акционера).

Также в состав убытков корпорации включается ее упущенная выгода – прибыль, не полученная корпорацией из-за срыва по вине миноритарного участника выгодной сделки, и т.п.

Российские суды имеют опыт рассмотрения споров о взыскании убытков из злоупотреблений акционеров/участников, и из судебных актов видно, что они признают такое требование в качестве надлежащего и уместного способа защиты права. В качестве примера может быть приведено дело № А07-14085/2017, рассмотренное в 2017 г. в Республике Башкортостан и получившее большой резонанс ввиду крупной суммы, взысканной с бывших мажоритарных участников (АФК «Система» и «Система-инвест») в пользу акционерного общества (ПАО «Башнефть»).

Фабула данного дела сводилась к тому, что в период контроля над акционерным обществом со стороны ответчиков последние своими согласованными действиями причинили компании существенные убытки (была проведена явно неразумная реорганизация и т.п.). Далее ответчики утратили контроль (акции были изъяты в государственную собственность, из которой ранее они противоправно выбыли, и проданы на аукционе), и от имени компании новым акционером (победителем аукциона) был предъявлен иск о взыскании убытков в пользу компании.

В решении от 30.08.2017 суд первой инстанции недвусмысленно связал нарушение, допущенное ответчиками, со злоупотреблением правом с их стороны.

«В силу статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, осуществляя реорганизацию общества, акционеры, как и другие участники гражданского оборота, должны действовать разумно и добросовестно, не нарушать права и охраняемые законом интересы других лиц. Законом запрещено совершение действий, направленных исключительно на причинение вреда иному лицу, а также злоупотребление правом в иной форме. Если злоупотребление правом повлекло нарушение прав другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков.

Обосновывая свои доводы о неправомерном причинении убытков Обществу «Башнефть», истцы указывают на то, что ответчики,

не являясь законными владельцами акций Общества «Башнефть», действуя в своих интересах, под видом проведения корпоративных процедур вывели из общества имущество по итогам реорганизации, проведенной на заведомо убыточных для общества условиях, но обязательных для исполнения обществом в силу решения ответчиков о реорганизации. Суд полагает, что доводы истцов о незаконности владения акциями Общества «Башнефть» со стороны ответчиков в период реорганизации, использовании ответчиками права давать обязательные для общества указания о совершении определенных действий подтверждаются указанными выше, установленными по делу обстоятельствами».

Постановлением от 25.12.2017 апелляционный суд оставил без изменения указанное решение суда первой инстанции.

**Замещение воли участника в качестве санкции**

По состоянию на 2017 г. некоторые авторы приходили к выводу, что в части нарушения принципа лояльности российская судебная практика в основном ориентируется только на исключение участника (акционера) из корпорации, незаслуженно оставляя невостребованными иные способы защиты[1]. За рубежом способы защиты, имеющиеся у акционеров при нарушении обязанности лояльности, являются более разнообразными (ничтожность голоса акционера, проголосовавшего со злоупотреблением правом, замещение его воли иском о признании, взыскание убытков, оспаривание решения собрания, исключение акционера и т.д.)[2]. Однако на сегодняшний день судебная практика сделала существенный шаг вперед в этом направлении, и такой вывод был бы уже неточным.

Если мажоритарный участник проголосовал за решение собрания, которое каким-либо образом наносит ущерб обществу и (или) иным участникам, то оно может быть на этом основании оспорено. В литературе отмечается, что нарушение принципа лояльности потенциально может быть основанием для оспаривания решения собрания участников в ситуации, когда мажоритарный участник (акционер) злоупотребляет своим правом в обществе[3]. Иногда эту проблему также

[1] *Шайдуллин А.И.* Указ. соч.

[2] *Laubert //* Hölters Kommentar zum AktG. Aufl. 2017. § 53a Rn. 20. Fastrich // *Baumbach/Hueck.* Kommentar zum GmbHG. § 13, GmbH-Gesetz 22. Aufl. 2019. Rn. 30, 30a.

[3] Ibidem.

называют мажоризацией[1]. Так, в Обзоре судебной практики по некоторым вопросам применения законодательства о хозяйственных обществах предусмотрено, что решение общего собрания участников (акционеров) может быть признано недействительным в случае, если оно принято в ущерб интересам общества и (или) участника (акционера) и при этом участник (акционер), повлиявший на принятие решения, действовал исходя из собственной выгоды (п. 13).

Если участник (акционер), нарушая свои фидуциарные обязанности, уклоняется от принятия решений, объективно необходимых в интересах общества, то его воля может быть замещена, а решение считаться принятым. Так, в литературе обращалось внимание на наличие подобных механизмов за рубежом[2]. В Германии из общей обязанности действовать в интересах общества и иных участников (акционеров) может в исключительных случаях следовать обязанность участника (акционера) проголосовать определенным образом на общем собрании (*positive Stimmpflicht, eine Pflicht zur Abstimmung in einem bestimmten Sinn*)[3]. Главным образом в ситуации, когда соответствующее решение является объективно необходимым и неотложным в интересах компании в целях предотвращения существенных потерь и если при этом у участника (акционера) нет разумных оправданий. Верховный суд Германии указывает, что «принцип лояльности требует при осуществлении права голоса руководствоваться интересами общества»[4].

В точности воспринимая указанную идею, Верховный Суд РФ в п. 14 Обзора по хозяйственным обществам указывает: «...суд может отказать в признании решения общего собрания, не получившего необходимого большинства голосов, недействительным в том случае, если будет установлено, что участник, без голосов которого решение не может быть принято, без уважительных причин уклонялся от участия в собрании и препятствовал принятию общим собранием участников значимых хозяйственных решений, отсутствие которых существенно затруднило деятельность общества (пункт 4 статьи 1, пункт 2 статьи 10 ГК РФ)».

[1] См. об этом: *Громов А., Егоров А.* Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ: самые значимые поправки. М.: Актион-Медиа, 2014.

[2] *Шайдуллин А.И.* Указ. соч.

[3] См.: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. § 179. 4. Aufl. 2016. Rn. 216–219 (автор раздела – Dr. Ursula Stein) (доступно на: beck-online.beck.de); *Borut Bratina, Dušan Jovanovič*. Shareholders' Duty of Loyalty and Positive Voting Duty // China-USA Business Review. May 2014. Vol. 13. No. 5. P. 347–355.

[4] BGH Urt. v. 12. April 2016 – II ZR 275/14.

Можно представить ситуацию, когда для принятия объективно необходимого для продолжения деятельности общества решения необходимо квалифицированное большинство голосов (либо единогласие), однако миноритарий уклоняется от голосования по этому вопросу либо недобросовестно голосует против. В таком случае решение будет считаться принятым. Посредством тезиса о том, что суд может отказать в признании решения общего собрания, не получившего необходимого большинства голосов, недействительным, Верховный Суд РФ, по сути, имеет в виду замещение воли такого участника (акционера), поскольку, строго говоря, решение без наличия необходимого кворума ничтожно (ст. 181.5 ГК РФ). Поэтому таким элегантным способом Верховный Суд РФ признает такого акционера проголосовавшим за такое решение. Более того, приведенное разъяснение с учетом зарубежного опыта можно толковать расширительно. В этом случае воля миноритария может быть замещена не только тогда, когда он уклоняется от участия в общих собраниях, но и когда он недобросовестно без разумных причин блокирует принятие всех решений, голосуя против. В сущности не имеет значения, каким образом акционер нарушает свои фидуциарные обязанности – не участвуя в голосовании либо намеренно блокируя принятие жизненно важных решений.

С практической точки зрения реализация принципа замещения воли акционера применительно к обстоятельствам рассматриваемого случая могла бы выглядеть следующим образом. Во-первых, если акционер не является на общее собрание без уважительной причины и при этом решение, принимаемое на собрании, очевидно находится в общем интересе всех участников (например, привлечение инвестиций для замещения внешнего финансирования), можно исходить из того, что необходимый кворум для принятия решения имелся и оно получило юридическую силу (как если бы акционер голосовал за соответствующее решение).

Тем не менее, поскольку большинство юридически значимых решений так или иначе проходят проверку третьих лиц (в органах государственной регистрации при назначении нового директора, в Банке России при дополнительной эмиссии акций и т.п.), само по себе состояние неопределенности может являться крайне неудовлетворительным с практической точки зрения. Это состояние будет возникать, когда контролирующий акционер будет рассчитывать на то, что суд впоследствии не признает решение собрания, имеющее формальные пороки (отсутствие кворума и т.п.), недействительным, руководству-

ясь правовой позицией Верховного Суда РФ, но иные лица не будут согласны с такой возможностью.

Поэтому, во-вторых, мажоритарный акционер может попытаться устранить неопределенность при помощи процессуального инструмента, специально предназначенного для таких целей, – иска о признании. Иски о признании (установительные иски) направлены на то, чтобы внести ясность в правоотношение сторон.

Предметом иска должно стать требование о признании принятого решения собрания действительным. Ответчиком по такому иску должен являться акционер, уклонявшийся от участия в собрании. В качестве оснований для данного иска истец должен будет привести аргументы о том, что ответчик уклонялся от принятия решения и, главное, что данное решение клонится к очевидной общей выгоде общества в целом. Правовое основание должно быть таким же, как указано в Обзоре Верховного Суда РФ, – ст. 1 и 10 ГК РФ.

Как и всякий подлинный иск о признании, судебное решение по такому иску не будет вносить никаких изменений в содержание правоотношений сторон. В случае выигрыша дела оно признает, что принятое решение является действительным. Содержательно такое решение может гласить: «признать решение общего собрания ПАО «Х» по следующим вопросам повестки дня действительным». В таком виде данный судебный акт может стать веским доводом в глазах третьих лиц, ранее выражавших сомнение в действительности решения собрания (для подстраховки их стоит привлечь в данный процесс третьими лицами на стороне ответчика). В таком случае будет считаться, что правовые последствия данного решения собрания возникли в момент его принятия. С поправкой на то, что доказать это третьим лицам в отсутствие вступившего в законную силу решения суда будет затруднительно.

В тех случаях, когда мажоритарный акционер готов войти в состояние правовой неопределенности и рискнуть возможным будущим проигрышем в суде, а препятствий со стороны третьих лиц не имеется (например, речь идет об одобрении крупной сделки или сделки с заинтересованностью), можно изготовить протокол о принятии решения в отсутствие миноритарного акционера и исполнять данное решение. При таком развитии событий указанный акционер будет вынужден обращаться в суд с иском об оспаривании решения собрания. При отказе в этом иске решение собрания будет считаться действительным с момента его вынесения.

Еще более сложной с правовой точки зрения является ситуация, когда миноритарный акционер явился на собрание, но проголосовал

против очевидно полезного для общества решения. Такая возможность прямо не признана в разъяснениях Верховного Суда РФ, но она логически выводится из занятой им позиции о замещении воли отсутствующего на собрании участника. В таком случае обязательно предъявление иска о признании решения принятым. При этом судебное решение об удовлетворении иска будет иметь ретроактивный эффект, а решение собрания считаться принятым с момента голосования на собрании остальных участников.

**Требование о воздержании от вредоносных действий**

В качестве следующего способа защиты можно предложить предъявление требования о воздержании от действий, которые могут причинить вред обществу (п. 6 ст. 393 ГК РФ)[1]. За рубежом приводятся два классических примера вредоносных действий участника, о предотвращении которых могут быть заявлены иски: конкуренция с обществом и недобросовестное использование информации, полученной от общества[2]. В аналогичных случаях, как представляется, возможно предъявление такого требования и в России (не исключая при этом возможности иных способов защиты в виде взыскания убытков, исключения акционера и т.д.)[3]. В данной ситуации из фидуциарных обязанностей участника (акционера) вытекают соответствующие негативные последствия по воздержанию от совершения определенного действия, причиняющего вред обществу. Следовательно, у иных акционеров (участников) появляется право требовать пресечения соответствующего действия, если участник (акционер) нарушает свои фидуциарные обязанности. Предположим, акционер направляет многочисленные однотипные жалобы в проверяющие органы. Гипотетически судом на него может быть наложен запрет совершать такие действия в будущем.

Абстрагируясь от теоретических рассуждений, нельзя не отметить, что попытка в исковом порядке ограничить право акционера на подачу жалоб может не найти поддержки в российских судах. Поэтому при использовании данного способа защиты целесообразно вводить

[1] См.: *Dreher M.* Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bei der GmbH. DStR. 1993. S. 1632–1636.

[2] См.: *Weitnauer W., Grob V.* Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote. GWR 2014. S. 185–191.

[3] Ibidem.

ограничительные критерии: например, «подача тождественных жалоб», «подача жалоб по вопросам, решенным ранее в судебном или административном порядке» и т.п.

**Возмещение репутационного вреда**

В том случае, если действия акционера сводятся к подрыву деловой репутации общества, на повестку дня может выйти возмещение так называемого репутационного вреда обществу. Часто такой вред участники юридического лица причиняют ему, рассылая письма его контрагентам или государственным органам с порочащей юридическое лицо информацией. Большое число обращений (свыше десятка) с низким коэффициентом обоснованности (допустим, одна жалоба из 15) с высокой вероятностью может быть приравнено к распространению порочащей общество деловой информации.

Возможность взыскания репутационного (морального) вреда в пользу юридических лиц длительное время вызывала сомнения и вопросы в судебной практике. В целях разрешения проблем и противоречий законодатель прямо исключил в 2013 г. возможность компенсации морального вреда юридическим лицам в ст. 152 ГК РФ. Тем не менее Верховный Суд РФ настаивает на возможности взыскания морального вреда в своей практике, на которую имеет смысл ориентироваться.

В Определении от 18 ноября 2016 г. № 307-ЭС16-8923 рассматривалось следующее дело. Некоммерческая организация (университет) обратилась с рядом требований к средству массовой информации, среди которых было и требование о взыскании компенсации за причинение университету репутационного вреда при распространении недостоверных сведений. Суд первой инстанции, сославшись на положения п. 11 ст. 152 и п. 1 ст. 1064 ГК РФ, пришел к выводу о том, что вред, причиненный юридическому лицу, носит имущественный характер, что исключает возможность присуждения юридическому лицу неимущественного вреда, в какой бы форме он ни выражался. В свою очередь имущественный вред, по мнению суда первой инстанции, истцом не был должным образом доказан.

Высшая судебная инстанция заняла в данном деле позицию, согласно которой репутационный вред подлежит возмещению. В качестве обоснования были использованы, во-первых, ссылки на нормы, обосновывающие деликтную ответственность (ст. 1064 ГК и др.). Однако эти нормы традиционно понимаются как отно-

сящиеся к имущественному вреду и направленные на возмещение именно такого вреда. Во-вторых, Верховный Суд РФ ссылается на правовую позицию, высказанную Конституционным Судом РФ в Определении от 4 декабря 2003 г. № 508-О. При этом важно подчеркнуть, что в последнем судебном акте обоснование компенсации морального вреда в пользу юридического лица не обосновывается ссылками на ст. 1064 ГК РФ. По-видимому, не рассматривая такую возможность как убедительную, Конституционный Суд РФ сослался в обоснование своей позиции лишь на практику Европейского суда по правам человека.

Таким образом, аргументация Верховного Суда РФ в рассматриваемом деле может быть признана несколько противоречивой. Это не замедлило сказаться на практике при решении вопроса о том, по каким правилам следует определять размер репутационного вреда.

Позиция одних ученых сводится к тому, что этот вред определяется не применительно к убыткам юридического лица (т.е. имущественным потерям), а в самостоятельном порядке (по сути, вне каких-либо понятных и предсказуемых критериев[1]). Другие ученые предлагают считать репутационный вред разновидностью имущественных потерь, тем самым включая в их состав, например, расходы на дополнительную рекламную кампанию, не полученную из-за оттока клиентов прибыль и т.п. Их позиция представляется более предпочтительной. Правда, с ней связаны значительные сложности истцов по доказыванию размера своих потерь.

Ю.Э. Монастырский предлагает определять размер убытков на основании ст. 15 ГК РФ, причем распространение информации, вредоносной для делового имиджа субъекта, предстает прежде всего в виде упущенной выгоды из-за сорвавшихся проектов, приобретений и карьерных ожиданий. В идеале убытки, по его мнению, здесь не должны, подобно моральному вреду, играть нравственно-поддерживающую, компенсационную роль[2]. Близкие к этой позиции занимают А.М. Эр-

[1] Будучи последовательным сторонником самостоятельности репутационных потерь (их нетождественности убыткам), Е.В. Гаврилов тем не менее также критикует ВС РФ за то, что им не даны критерии исчисления данных потерь (см.: *Гаврилов Е.В.* Компенсация за необоснованное умаление деловой репутации юридического лица: комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 18.11.2016 № 307-ЭС16-8923 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 12. С. 16–20).

[2] *Монастырский Ю.Э.* Убытки и нематериальный вред // Вестник гражданского права. 2019. № 2. С. 113–132.

делевский[1] и К.И. Скловский[2], причисляющие все неблагоприятные последствия урона репутации компании к убыткам в классическом смысле.

Иной позиции придерживается Е.В. Гаврилов, который полагает, что диффамация необязательно приводит к убыткам, в то время как нематериальный вред в этом случае очевиден и при определенных условиях должен быть возмещен[3].

Таким образом, при заявлении иска о компенсации репутационного вреда истца будет сдерживать прежде всего неопределенность критериев для определения размера компенсации. Поэтому объективно для него более выгодна позиция, которая не приравнивает репутационный вред к убыткам. Хотя с практической точки зрения для истца крайне желательно обосновать по меньшей мере свои гипотетические имущественные потери (отказ некоторых контрагентов от продолжения или установления сотрудничества и т.п.).

Говоря о критериях удовлетворения иска о возмещении репутационного вреда, Верховный Суд РФ подчеркивает следующее.

Под вредом, причиненным деловой репутации, следует понимать всякое ее умаление, которое проявляется, в частности, в наличии у юридического лица убытков, обусловленных распространением порочащих сведений, и в иных неблагоприятных последствиях в виде утраты юридическим лицом в глазах общественности и делового сообщества положительного мнения о его деловых качествах, утраты конкурентоспособности, невозможности планирования деятельности и т.д.

Следовательно, юридическое лицо, чье право на деловую репутацию нарушено действиями по распространению сведений, порочащих такую репутацию, вправе требовать восстановления своего права при доказанности общих условий деликтной ответственности (наличие противоправного деяния со стороны ответчика, неблагоприятных последствий этих действий для истца, причинно-следственной связи между действиями ответчика и возникновением неблагоприятных последствий на стороне истца) (Постановление Президиума ВАС РФ

[1] *Эрделевский А.М.* О моральном и «репутационном» вреде в свете изменений Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2017. № 2. С. 101.

[2] *Скловский К.И.* Повседневная цивилистика. М.: Статут, 2017. С. 118– 120.

[3] См. подробнее: *Гаврилов Е.В.* Наследие практики ВАС РФ и новейшая практика ВС РФ о компенсации нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам // Арбитражные споры. 2017. № 4. С. 101–118.

от 17 июля 2012 г. № 17528/11). Наличие вины ответчика презюмируется (п. 2 ст. 1064 ГК РФ).

При этом противоправный характер действий ответчика должен выражаться в распространении вовне (сообщении хотя бы одному лицу), в частности, посредством публикации, публичного выступления, распространения в средствах массовой информации, сети «Интернет», с помощью иных средств телекоммуникационной связи определенных сведений об истце, носящих порочащий и не соответствующий действительности характер.

Факта распространения ответчиком сведений, порочащих деловую репутацию истца, недостаточно для вывода о причинении ущерба деловой репутации и для выплаты денежного возмещения в целях компенсации за необоснованное умаление деловой репутации. На истце в силу требований ст. 65 АПК РФ лежит обязанность доказать обстоятельства, на которые он ссылается как на основание своих требований, т.е. подтвердить, во-первых, наличие сформированной репутации в той или иной сфере деловых отношений (промышленности, бизнесе, услугах, образовании и т.д.), во-вторых, наступление для него неблагоприятных последствий в результате распространения порочащих сведений, факт утраты доверия к его репутации или ее снижение.

**Исключение участника из общества**

Наконец, участники могут потребовать исключения участника (акционера) из общества[1]. Исключение как средство разрешения корпоративных конфликтов вытекает из общего фундаментального принципа гражданского права, согласно которому любое длящееся правоотношение должно иметь возможность прекратиться при наличии существенного основания[2]. Кроме того, оно представляет собой специальный корпоративный способ защиты прав, целью которого является устранение вызванных поведением одного из участников препятствий к осуществлению нормальной деятельности общества (Определение Верховного Суда РФ от 20 июля 2015 г. № 305-ЭС15-2706).

Согласно п. 1 ст. 67 ГК РФ участник хозяйственного товарищества или общества вправе требовать исключения другого участника из товарищества или общества (кроме публичных акционерных обществ) в судебном порядке с выплатой ему действительной стоимости его

[1] См.: *Rocco Jula*. Op. cit. S. 216.

[2] См.: BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG. § 34. Rn. 114.

доли участия, если такой участник своими действиями (бездействием) причинил существенный вред товариществу или обществу либо иным образом существенно затрудняет его деятельность и достижение целей, ради которых оно создавалось, в том числе грубо нарушая свои обязанности, предусмотренные законом или учредительными документами товарищества или общества (см. также ст. 10 Закона об ООО).

Верховный Суд РФ разъясняет[1], что к таким нарушениям, в частности, могут относиться:

– систематическое уклонение без уважительных причин от участия в общем собрании участников общества, лишающее общество возможности принимать значимые хозяйственные решения по вопросам повестки дня общего собрания участников, если непринятие таких решений причиняет существенный вред обществу и (или) делает его деятельность невозможной либо существенно ее затрудняет;

– совершение участником действий, противоречащих интересам общества, в том числе при выполнении функций единоличного исполнительного органа:

– причинение значительного ущерба имуществу общества;

– недобросовестное совершение сделки в ущерб интересам общества;

– экономически необоснованное увольнение всех работников;

– осуществление конкурирующей деятельности;

– голосование за одобрение заведомо убыточной сделки, если эти действия причинили обществу существенный вред и (или) сделали невозможной деятельность общества либо существенно ее затруднили.

Из зарубежной практики можно также отметить, что основаниями для исключения могут послужить:

– серьезное нарушение корпоративной обязанности, в том числе обязанности лояльности по отношению к обществу (*Treuepflicht*);

– разрушение доверительных отношений вследствие многочисленных небольших нарушений корпоративных обязанностей (*Zerstörung des Vertrauensverhältnisses, auch durch Vielzahl kleinerer Pflichtverstöße*);

– выдвижение публичных необоснованных обвинений в адрес иных участников общества (*Oberlandesgericht Jena Urt. v. 05.10.2005, Az.: 6 U 162/05*).

[1] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Основанием для исключения может являться не только однократное какое-либо нарушение корпоративной обязанности (например, неучастие в общем собрании участников по принятию жизненно важного решения), но и неоднократные нарушения, каждое из которых, возможно, и не является достаточным основанием для исключения, однако в совокупности, тем не менее, они причиняют существенный вред и свидетельствуют о незаинтересованности участника в дальнейшем пребывании в обществе.

Кроме того, Верховный Суд РФ вслед за ВАС РФ (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 мая 2012 г. № 151) упоминает возможность исключения участника (акционера) при совершении действий, заведомо противоречащих интересам общества, при выполнении функций единоличного исполнительного органа, если эти действия причинили обществу значительный вред и (или) сделали невозможной деятельность общества либо существенно ее затруднили. Указанную правовую позицию следует понимать расширительно. На самом деле мысль, закладываемая в это разъяснение, заключалась в том, что для целей исключения участника (акционера) необязательно доказывать совершение недобросовестных действий, затрудняющих деятельность общества, в качестве участника (акционера). Такие действия могут выражаться и в ином качестве. Разъяснение было выработано в целях преодоления позиции нижестоящих судов, согласно которой если участник (акционер) входит в число органов управления и затрудняет в этом своем качестве деятельность общества, то с него следует взыскивать убытки по корпоративным основаниям[1]. По мысли судов, на тот момент в такой ситуации исключать было нельзя. Вместе с тем совершенно очевидно, что данное разъяснение применяется не только в том случае, если участник (акционер) действует недобросовестно в качестве единоличного исполнительного органа, но и в случае его вхождения в иные органы управления.

Таким образом, недобросовестные действия участника (акционера), совершенные в качестве члена совета директоров или иных органов управления, подлежат учету при проверке оснований для исключения такого участника (акционера).

[1] См.: *Кузнецов А.А.* Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014.

**Есть ли способы исключения из публичного акционерного общества?**

В п. 1 ст. 67 ГК РФ законодатель прямо предусматривает, что в публичных акционерных обществах способ защиты в виде исключения акционера недоступен.

Важнейшим методологически необходимым способом применения закона является его телеологическое толкование. Указанный прием является важнейшей отправной точкой при применении закона[1]. Еще римский юрист Цельс говорил, что «знать законы – значит воспринять не их слова, но их содержание и значение».

В чем может быть смысл такого ограничения исключения акционера в публичном акционерном обществе? Ответ на этот вопрос может заключаться в том, что исключение акционера из публичного общества – сизифов труд, поскольку такой исключенный акционер, будь исключение возможным, уже на завтра после исключения мог спокойно приобрести на рынке такой же или сопоставимый пакет акций. Причина отсутствия возможности исключения акционера из публичного общества только в этом, а отнюдь не в том, что такой акционер не имеет обязанности хранить верность интересам общества.

Однако совершенно очевидно, что наименование «публичное акционерное общество» может не соответствовать реальному положению дел в обществе. В нем фактически могут быть обнаружены все признаки непубличных акционерных обществ: значимость личного состава акционеров, личное участие в делах общества, отсутствие публичного обращения акций. Корпоративный конфликт между акционерами в таких обществах также не может быть решен путем отчуждения акций. Следовательно, востребованы эффективные способы решения такого рода конфликтов, среди которых есть и исключение. Было бы в крайней степени несправедливым требовать от мажоритарного акционера продать свои акции в ситуации злоупотребления миноритарным акционером своими правами.

Интересен в этом отношении опыт Германии. Закон об акционерных обществах, равно как и Закон об обществах с ограниченной ответственностью Германии, не содержит права участников (акционеров) требовать исключения другого участника (акционера). Такая возможность выводится исключительно из судебной практики

[1] См. подробнее об этом: *Zimmermann R.* Juristische Methodenlehre in Deutschland. Max Planck Private Law Research. Paper No. 19/10.

и допускается при наличии существенного основания. Существенное основание имеется главным образом в том случае, если участник (акционер) своей личностью или своим поведением делает невозможным или серьезно ставит под угрозу достижение цели общества или если он своей личностью или своим поведением, оставаясь в обществе, делает его деятельность невыносимой[1]. Если исключение участника из ООО применяется в Германии довольно часто и широко, вопрос об исключении акционера из АО ставится гораздо реже, что может объясняться возможностью свободной продажи акций[2]. Вместе с тем в немецкой юридической литературе отмечается, что если акционерное общество фактически основано на личных (персональных) отношениях акционеров, акции на свободном рынке не обращаются (*free float*), то такая мера как исключение должна быть доступна также в таких акционерных обществах. Как пишет Д. Шиллинг, возможность исключения участника корпорации *не связана с формальной правовой формой корпорации, а с фактической структурой отношений в обществе*[3]. Публичное акционерное общество, которое фактически принадлежит нескольким акционерам, связанным личными доверительными отношениями между собой, при практически полном отсутствии свободного обращения акций, практически ничем не отличается от непубличного акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью с точки зрения фидуциарных отношений между участниками.

Более того, само деление обществ на публичные и непубличные является на сегодняшний день довольно неясным в доктрине и судебной практике.

Согласно п. 1, 2 ст. 7 Закона об АО общество может быть публичным или непубличным, что отражается в его уставе и фирменном наименовании. Публичное общество вправе проводить размещение акций и эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в его акции, посредством открытой подписки. Акции непубличного общества и эмиссионные ценные бумаги, конвертируемые в его акции, не могут размещаться посредством открытой подписки или иным образом предлагаться для приобретения неограниченному кругу лиц.

---

[1] См.: Definition des Regierungsentwurfs 1972. § 207 I 2 (BT-Drucks VI/3088 S 57).

[2] См.: *Bezzenberger G.*, *Schmidt K.*, *Bezzenberger T.*, *Hopt K.J.* Grosskommentare der Praxis 241–277 (4th Edition). Herbert Wiedemann, 2013. De Gruyter. Rn. 89. S. 135.

[3] См.: *Schilling D.* Der Ausschluss von Minderheitsaktionären: Eine sozialökonomische und rechtswissenschaftliche Analyse. Springer-Verlag, 2007. S. 23.

В силу п. 1, 2 ст. 66.3 ГК РФ публичным является акционерное общество, акции которого и ценные бумаги которого, конвертируемые в его акции, публично размещаются (путем открытой подписки) или публично обращаются на условиях, установленных законами о ценных бумагах. Правила о публичных обществах применяются также к акционерным обществам, устав и фирменное наименование которых содержат указание на то, что общество является публичным. Акционерное общество, которое не отвечает указанным признакам, признается непубличным.

Центральный банк РФ в своих разъяснениях отмечает следующее: «...условиями приобретения публичного статуса акционерного общества являются регистрация проспекта его акций (что, в свою очередь, влечет возникновение обязанности по раскрытию информации в соответствии с пунктом 4 статьи 30 Закона о рынке ценных бумаг) и заключение с организатором торговли договора о листинге его акций. Прекращение публичного статуса акционерного общества возможно только при условии отсутствия акций и ценных бумаг, конвертируемых в акции, размещаемых посредством открытой подписки или допущенных к организованным торгам, и принятия Банком России решения об освобождении акционерного общества от обязанности по раскрытию информации»[1].

Таким образом, признаками публичного акционерного общества являются публичное размещение или публичное обращение акций акционерного общества или конвертируемых в акции ценных бумаг, что предполагает наличие договора с организатором торговли о листинге акций, регистрацию проспекта акций и раскрытие акционерным обществом информации в форме ежеквартального отчета, сообщений о существенных фактах, консолидированной финансовой отчетности.

Вместе с тем в судебной практике за акционерными обществами признают статус публичного, в том числе в случае формального наличия в уставе возможности выпуска дополнительных акций путем открытой подписки, даже если акции фактически путем открытой подписки не размещались, а были распределены между акционерами и подписка на акции либо открытое их размещение не предполага-

[1] Письмо Банка России от 25.11.2015 № 06-52/10054 «О некоторых вопросах применения Федерального закона от 29.06.2015 № 210-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»».

лись[1]. Так, АС Центрального округа отмечает, что «отсутствие факта обращения акций общества (путем предложения неограниченному кругу лиц) в отдельно взятый момент времени само по себе не свидетельствует об отсутствии признаков, установленных п. 1 ст. 66.3 ГК РФ»[2].

Таким образом, в соответствии с действующей правоприменительной практикой акционерные общества, по существу ничем не отличающиеся от непубличных акционерных обществ, могут быть признаны публичными в силу простой ссылки в уставе на возможность размещения акций путем открытой подписки и фактического отсутствия свободного обращения акций акционерного общества. Следовательно, формальный подход, в соответствии с которым если акционерное общество имеет в наименовании слова «публичное акционерное общество», то лишается такого средства разрешения корпоративных конфликтов, как исключение акционера, является несправедливым.

Верховный Суд РФ, в частности, демонстрирует правильный подход к применению права – с учетом цели правовой нормы, вне зависимости от буквального значения текста закона. Так, в п. 3 Обзора по хозяйственным обществам Верховный Суд РФ указывает, что требование о нотариальном удостоверении, установленное подп. 3 п. 3 ст. 67.1 ГК РФ, распространяется и на решение единственного участника. Вместе с тем буквально в этом подпункте речь идет о решении общего собрания участников хозяйственного общества, тогда как решение единственного участника не является решением собрания. Но Верховный Суд РФ исходит из цели правовой нормы, которая «направлена на то, чтобы исключить фальсификацию решения, принимаемого высшим органом управления общества, и действие указанной нормы в равной мере распространяется и на решение единственного участника общества, которое также подвержено риску фальсификации».

Аналогичным образом следует толковать п. 1 ст. 67 ГК РФ: если акционерное общество является публичным лишь «на бумаге», т.е. существенная часть акций такого общества свободно не обращается на рынке, а принадлежит небольшому количеству акционеров, тесно

[1] См. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 28.12.2015 № Ф10-4709/2015 по делу № А83-1323/2015.

[2] См. Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 18.02.2016 № Ф10-5254/2015 по делу № А83-757/2015.

связанных между собой доверительными отношениями, исключение акционера должно допускаться в случае наличия соответствующих оснований. Такой прием толкования закона в науке называется телеологической редукцией, которая используется, если спорная норма не должна применяться к определенной категории дел или должна применяться ограничительно, так как в противном случае установленная законодателем цель не будет находить своей реализации[1]. Законодатель явно исходил из того, что исключение может быть бессмысленным, если акционер легко может купить акции на свободном рынке. Однако если акции отсутствуют на свободном рынке, исключение участника приобретает критический смысл.

Российский правопорядок уже прошел определенный путь в этом направлении. Напомним, что до реформы корпоративного законодательства 2014 г. исключение участника было предусмотрено только в обществе с ограниченной ответственностью (ст. 10 Закона об ООО). Ученые в этот период выдвигали предложение о целесообразности использования такой правовой конструкции, как исключение участника, в законодательстве об акционерных обществах, хотя бы применительно к закрытым акционерным обществам[2]. Мотивами такого предложения являлись те же доводы, которые были изложены выше. Поэтому оснований не применять инструмент исключения при определенных условиях к публичным акционерным обществам не имеется.

Допустим, имеет место такая ситуация: акции общества свободно не обращаются, а принадлежат узкому кругу лиц. При этом львиная доля акций принадлежит трем акционерам (99%), без согласованного и взаимовыгодного сотрудничества которых сложно помыслить успешное функционирование общества. Таким образом, фактически положение дел в данном ПАО настолько приближает его к непубличному акционерному обществу, что применение по аналогии института исключения одного из акционеров представляется допустимым.

При классическом исключении участника юридического лица его доля фактически выкупается данным юридическим лицом. Причина данного решения заключается в той сфере, в которой изначально за-

[1] См.: *Шмагин А.* Основы немецкой методики толкования права // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 271.

[2] См.: *Кузнецов А.А.* Злоупотребление правом в правоотношениях между акционером и акционерным обществом: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 77–78; *Добровольский Д.И.* Защита корпоративной собственности в арбитражном суде. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 91.

родился институт исключения участника общества с ограниченной ответственностью, в которой вариант выставления доли исключаемого участника на торги, т.е. для свободного приобретения третьими лицами, является неприемлемым ввиду закрытого перечня участников и высоко-личных отношений между ними, которые встречаются довольно часто (например, в семейных компаниях).

Вместе с тем в рассматриваемом случае может быть предложен и другой способ разрешения корпоративного конфликта между мажоритарным участником и миноритарным акционером – продажа акций последнего на бирже по предписанию суда. Указанное решение по целому ряду параметров является более удачным, чем выдел стоимости доли участника из активов публичного акционерного общества. Во-первых, акционер получает реальную стоимость своих акций, т.е. столько, сколько за них готовы заплатить независимые участники оборота, и не подвергается риску ошибки со стороны оценщиков. Во-вторых, не страдает имущественное положение акционерного общества, и из его контроля не выбывают никакие активы (как при классическом исключении участника).

Можно также рассматривать вопрос о том, чтобы использовать данный способ защиты – принудительную продажу на бирже не как разновидность исполнения решения об исключении участника, а как санкцию за самостоятельного рода недобросовестное поведение.

Предметом иска в таком случае станет требование об отчуждении миноритарным акционером своих акций на бирже, на которой они обращаются. Истцом может выступать мажоритарный акционер. Разрешая такой спор, суд при согласии с аргументами истца может обязать ответчика осуществить продажу акций и установить для исполнения решения соразмерный период времени. На случай неисполнения данного решения может быть предусмотрена судебная неустойка (астрент) в пользу истца.

**Выводы**

Проведенное исследование показывает, что у темы «злоупотребление правом в корпоративных отношениях» имеются большие перспективы. Интереснейшим является вопрос о том, как суды будут понимать слово «заведомо» в обороте «заведомо недобросовестные действия»: как умышленное или как очевидное (для неподготовленного наблюдателя) нарушение. Развиваться могут не только конкретные составы, оттачивающие общее понятие злоупотребления, но и виды

санкций, применяемых за допущенное нарушение. Помимо классического института убытков правопорядку следует обратить внимание на волезамещающие решения судов, на исключение участника из публичного общества посредством выставления его пакета акций на торги (т.е. без изъятия активов у общества) и на иные меры, позволяющие обеспечивать эффективную защиту участникам корпорации, а также самой корпорации, пострадавшей от злоупотребления со стороны других участников.

# ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ДОГОВОРНЫХ ПРАВ

**К.А. Усачева**

## ОБ ИСТОРИИ РОССИЙСКОГО ДОГОВОРНОГО ПРАВА: ОТ ПРОЕКТА ГРАЖДАНСКОГО УЛОЖЕНИЯ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ К ГРАЖДАНСКОМУ КОДЕКСУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В конце XIX в. было создано русское договорное право. Грандиозный проект Гражданского уложения Российской империи, сопоставимый с ведущими европейскими кодификациями, которые создавались в тот же период и до сих пор всем миром считаются лучшими, был подготовлен в течение трех десятилетий блестящими юристами эпохи. Он закрепил идеи, поистине передовые для того времени. Вновь вернуться к ним российскому праву будет суждено уже только спустя столетие.

Но обо всем по порядку. Начало 1832 г. Наконец, печатается Свод законов Российской империи. После многочисленных попыток всевозможных комиссий, терпевших неудачи на протяжении нескольких последних столетий, завершена более чем вековая работа по наведению порядка в законодательстве. Свод, собиравший воедино и систематизировавший весь нормативный материал, представляется в Государственный Совет. Николаем I подписывается манифест, знаменующий окончание этой работы, и с 1 января 1835 г. документ получает силу действующего источника, а затем несколько раз переиздается, в 1842 и 1857 гг.[1]

[1] *Томсинов В.А.* Создание «Полного собрания законов» и «Свода законов» Российской империи // *Томсинов В.А.* Юридическое образование и юриспруденция в России первой четверти XIX в. М.: Зерцало-М, 2011. С. 237–278.

Договорное право разработчики помещают в первую часть десятого тома, в Свод законов гражданских. Здесь оно занимает три книги из семи: частично книгу II «О порядке приобретения и укрепления прав на имущества вообще», значительную часть книги III «О порядке приобретения и укрепления прав на имущества в особенности» и книгу IV «О обязательствах по договорам». Из содержания этих книг видно, как фундамент, на котором и сегодня покоится договорное право, начинает выстраиваться в систему. Обязательность договора для сторон (ст. 348, 974 и др.) и условия его действительности (ст. 397–398, 966–967 и др.), содержание договора и недопустимые его цели (ст. 966–968, 350 и др.), свобода договора и ее пределы (ст. 966–968, 1016, 398, 350 и др.), правила толкования договора (ст. 976–977), нормы о форме и порядке совершения договора (ст. 350, 969–973 и др., бесчисленные правила об актах), требования к исполнению договора и средства защиты на случай его неисполнения (ст. 974, 349, 351–352, 1007–1017 и др.), основания отмены договора (ст. 984–985, 986 и др.) – все эти и многие другие вопросы получают свое отражение. Появляется система договоров, в которой представлены основные договорные типы, в частности: купля, дарение, мена, аренда, подряд, заем, товарищество, хранение, страхование, оказание услуг (книга III и книга IV). Для акта, подготовленного путем простого упорядочения уже существовавшего нормативного материала[1], это неплохая основа для дальнейшей работы.

Свод никогда не виделся конечной целью разработчиков. Он выступал скорее лишь заделом на будущее и представлялся отправной точкой, от которой должна была взять начало последующая фундаментальная переработка собранного материала. Таковы были планы тех, кто стоял у истоков. Самим им, правда, поучаствовать в их завершении уже не удалось[2].

[1] Свод опирался на «исторические» и «систематические» своды действовавших норм, а также на материалы «Полного собрания законов Российской империи» и исторический опыт, полученный в ходе систематизации римского права при императоре Юстиниане I, осмысленный последующими поколениями (см.: *Сперанский М.М.* Обозрение исторических сведений о своде законов (приводится по: *Томсинов В.А.* Создание «Полного собрания законов» и «Свода законов» Российской империи. С. 258 и далее).

[2] Следующим шагом, по замыслу разработчиков, должна была стать разработка Уложения («1. свод, 2. уложение, 3. учебные книги»). Если под сводом понималось лишь «соединение законов, существующих по какой-либо части, расположенное в известном порядке», то под уложением – уже акт переработки. «Уложения не изобретаются, но слагаются из прежних законов с дополнением и исправлением их сообразно

Направлений для совершенствования текст содержал достаточно. Помимо следа, который оставляла на содержании некоторых фрагментов, кажется, сама эпоха (относительно порядка совершения актов, оборота недвижимого имущества и др.), также и система, которую так стремились создать составители, нуждалась во внимании. Даже беглый взгляд способен заметить многие несоответствия, показывающие, что в области договорного права она еще требовала улучшений: само обязательственное право в своем существе нередко смешивается с вещным[1], путаются обязательство и договор, отчего страдает и система обязательств[2], требует доработки система договоров[3], нормы Особенной части договорного права не всегда скоор-

нравам, обычаям и действительной потребности государства» (*Сперанский М.М.* Предположения к окончательному составлению законов. 1826 г. (цит. по: *Томсинов В.А.* Создание «Полного собрания законов» и «Свода законов» Российской империи. С. 238, 241 и сл.).

[1] К примеру, книга II «О порядке приобретения и укрепления прав на имущества вообще», сама по себе еще не очень хорошо упорядоченная, явно рассматривает «права по обязательствам» как один из видов «разных прав на имущества», в одном ряду с «правом собственности», «правом собственности неполным» и «правом собственности общим» (см. структуру раздела II книги II).

[2] Соединяются и сами понятия «договор» и «обязательство» (ср., в частности, ст. 347–351), и системы обоих, в результате чего к обязательствам как таковым причисляются только договорные, словно никаких других не существует. Справедливость требует оговорки, что это действительно спорный вопрос теории (есть ли в деликтном обязательстве собственно обязательство или же только ответственность?). Но если бы составители последовательно придерживались крайней позиции, то им едва ли бы было более необходимо и само понятие «обязательство» – они вполне могли бы обойтись категорией «договор». Тем не менее они используют обе конструкции, а деликтное право рассматривают отдельно, наряду с обязательственным и не как его часть: глава V «О праве по обязательствам» и глава VI «О праве вознаграждения за понесенные вред и убытки» в рамках раздела II книги II даже структурно отделены друг от друга. Причем даже это последнее составители помещают в книгу II «О порядке приобретения и укрепления прав на имущества вообще».

[3] Уже из общей структуры Свода видно, что не все из перечисленных нами ранее типов договоров еще рассматриваются как договоры. Дарение, мена и купля попадают в книгу III «О порядке приобретения и укрепления прав на имущества в особенности», а не в книгу IV «О обязательствах по договорам» и обсуждаются лишь с точки зрения правового эффекта, который влечет их исполнение. Примечание к ст. 396 дополнительно поясняет, что к способам приобретения прав на имущество относятся: 1) способы дарственные и безмездные, а именно: пожалование, выдел имущества детям от родителей, дар, духовное завещание; 2) наследство; 3) способы обоюдные, каковы суть мена и купля; 4) договоры и обязательства. Хорошо видно, как первая группа способов отграничивается от четвертой. И это позволяет реализовывать в отношении нее принципы, не всегда согласующиеся с принципами книги IV.

динированы с нормами Общей части[1], как и ряд положений внутри Общей части[2], и т.д. Кроме того, конечно, оставались и некоторые вопросы, не находившие решений или требовавшие уточнений[3].

Работа продолжается, и следующий серьезный шаг совершается уже в 1882 г. На излете столетия во исполнение повеления Александра III создается Редакционная комиссия, которая должна была переработать[4] действовавший законодательный материал и представить проект Гражданского уложения Российской империи – тот самый, который был призван создать основы отечественного частного права. Комис-

[1] Можно увидеть, например, как возможность прекращения нарушенного договора уже появляется в отдельных типах договоров (см., в частности, ст. 956, 1310), тогда как в Общей части нет даже намеков на то, что она может существовать (ср. книга IV, раздел 1, глава 2 «О исполнении, прекращении и отмене договоров вообще»). Другой вопрос, что нерушимость договора соответствовала правовой культуре времени, и другие варианты отношения к нему были просто немыслимы. Поэтому, возможно, это было осознанным упущением Общей части. Кроме того, и купля, где мы находим некоторые из таких положений, систематически еще не отнесена к договорному праву.

[2] Например, те же нормы об основаниях прекращения и отмены договоров, где сливаются воедино прекращение и отмена, договоры и обязательства. Ср. книга IV, раздел 1, глава 2, отделение второе «О прекращении и отмене договоров».

[3] О недостатках, которые усматривали в положениях Свода законов к концу XIX в., см.: Замечания о недостатках действующих гражданских законов. С.-Петербург. издание Редакционной комиссии по составлению проекта Гражданского уложения, Государственная тип., 1891. Краткое их изложение см. в пояснениях разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга пятая. Обязательства. Том первый. Ст. 1–276 с объяснениями. СПб.: Государственная тип., 1899. С. I) и в редакции 1905 г. (Прибавление к проекту Гражданского уложения. Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. СПб.: Государственная тип., 1906. С. 2).

[4] Переработать означало «не сочинить уложение, но, оставаясь на исторической почве и, по возможности, не нарушая основных начал действующего права, лишь пересмотреть гражданские законы, т.е. постановления устаревшие и несправедливые заменить такими правилами, которые соответствуют новым условиям гражданского быта и новым понятиям о справедливости, восполнить пробелы и устранить противоречия, расположить весь материал в более удовлетворительной системе и изложить в ясной редакции – словом, воспроизвести в будущем Гражданском уложении часть первую тома десятого [Свода законов гражданских] в исправленном и дополненном виде». Проект, как далее пишут разработчики, без действительной необходимости не отступал от начал действующего права, «имея лишь целью исправить, дополнить и обновить закон соответственно потребностям современного гражданского оборота». См.: пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. II–III, XLI) и в редакции 1905 г. (Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 45).

сия плодотворно работает на протяжении нескольких десятилетий, и к 1913 г., уже в годы правления Николая II, министр юстиции начинает вносить проект на рассмотрение Государственной Думы.

Масштаб проведенной работы впечатляет. Следуя девяти циркулярам, излагавшим программу первоначальной деятельности, в деятельность комиссии вовлекается все многообразие юридических профессий – профессора университетов, председатели юридических обществ, сенаторы, обер-прокуроры департаментов Правительствующего Сената, старшие председатели судебных палат, председатели окружных судов, председатели съездов мировых судей и т.д.[1] Проводится огромная подготовительная работа по обработке осуществленной ранее систематизации законодательства и дополнению ее недостающими источниками – доктриной, судебной практикой, обычаями[2], изучается опыт зарубежного законотворчества[3].

[1] О ходе работ см. подробнее: *Томсинов В.А.* Разработка проекта Гражданского уложения и развитие науки гражданского права в России в конце XIX – начале XX века. Статья первая // Законодательство. 2015. № 2. Об этой части также пишут и сами разработчики (см., например, их пояснения к проекту пятой главы в редакции 1899 г.: Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. XLIII).

[2] Для подготовительного этапа печатается «Сборник гражданских законов», выбравший из всех томов сводов законов, гражданских, военных и морских, а также из законов духовных и отдельных законоположений все постановления, касавшиеся гражданского права (три тома, 12 720 статей и подробный предметный указатель), издается «Систематический указатель русской юридической литературы по гражданскому праву» (первое издание включало 6123 названий книг, брошюр и статей, второе – 16624), публикуются «Замечания о недостатках действующих гражданских законов», составленные на основе поступивших от судей и профессоров сообщений, составляется «Систематический сборник положений из решений общих Собраний Правительствующего Сената прежнего устройства», издаются исследования по обычному праву и другим вопросам (в частности, монография «Обычный порядок наследования у крестьян», исследование «О необходимом наследовании», «Залоговое право» и др.). См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. XLI–XLV) и в редакции 1905 г. (Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 5–20, 44–46).

[3] Необходимый не только из стремления учесть уже состоявшийся опыт законотворчества в данной сфере (поскольку, как пишут разработчики, «современные условия гражданского быта России и других культурных стран во многом если не вполне тождественны, то близко подходят друг другу»), но и уже только потому, что многие начала, к примеру, французского права почти в неизменном виде действовали в губерниях Царства Польского и, следовательно, являлись местным законом, многие положения германского права в значительной степени отразились в Своде гражданских узаконений губерний Прибалтийских. В связи с этим в издании книги V в редакции 1899 г. разработчики указали, в частности, на изучение ими материалов Прусского общего земского

Неудивительно, что за несколько десятилетий такого колоссального труда создается настоящий шедевр юридической техники: опиравшийся на осмысление отечественной правовой традиции, учитывавший наработки зарубежных правопорядков, кропотливо собранные и кратко представленные под каждой статьей, сопроводивший каждую норму емкими, но содержательными пояснениями разработчиков для лучшего уяснения их смысла, с очень грамотной расстановкой акцентов между всеми частями работы, наконец, написанный на безупречно поставленном и понятном русском языке, – такой опыт нормотворчества в отечественном частном праве не повторится впоследствии более никогда. Одних он восхищает, других – возмущает, но никого не оставляет равнодушным[1].

права 1794 г. и Австрийского гражданского уложения 1811 г., как старейших из уложений, Саксонского 1863 г., большинство постановлений которого, как пишут они, основывалось на римском праве в том его виде, который ему дали германские пандектисты, Цюрихского, в котором, по их мнению, особенности германского права, в отличие от римского, получили наиболее рельефное выражение, и, наконец, Германского уложения 1896 г., представлявшего собой новейшую обработку норм гражданского права. Опыт подготовки Швейцарского закона об обязательствах был интересен разработчикам, прежде всего блестящим посредничеством между французскими и швейцарскими кантонами и примирением противоположностей отдельных законодательств (заимствованных из Германского торгового уложения 1861 г., Цюрихского гражданского уложения и французского законодательства). Калифорнийское уложение 1873 г. учитывалось ими как наиболее полная кодификация англо-американского гражданского права и потому лучший источник его изучения, желательный по причине полного объединения в нем гражданского, торгового и морского права, а также простоты и практичности многих отдельных его постановлений. Также учитывались комиссией гражданские уложения Сербии и Черногории как стран, родственных России по происхождению и сохранивших некоторые древние нормы гражданского права, знакомые истории русского права и даже обычному праву того времени. Для более удобного пользования этими источниками Комиссией были изданы в переводе на русский язык Австрийское, Саксонское, Цюрихское, Калифорнийское гражданские уложения, Гражданское и торговое уложение княжества Сербии, Швейцарский закон об обязательствах 1881 г., прусские законы 1875 г. об опеке и дееспособности несовершеннолетних, германский закон о введении в действие Гражданского уложения 18 августа 1896 г. Приводится по итоговым пояснениям разработчиков к проекту пятой главы – и к редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. XLV–XLVI), и к редакции 1905 г. (Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 8, 47–49).

[1] Относительно проекта высказался весь цвет науки того времени. К сожалению, объем статьи не позволяет перечислить здесь всех авторов, поэтому мы отметим лишь некоторых из них: *Гуляев А.В.* Проект Гражданского уложения. Доклад, читанный в собрании Общества 18 сентября 1899 года // Приложения к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 г.; *Он же*. Единство гражданского права и про-

Договорное право рассматривается проектом уже не само по себе, а как часть обязательственного (книга V). В.И. Голевинский, составитель первоначального проекта общих положений об обязательствах[1], незадолго до начала работы в Редакционной комиссии защищает в Санкт-Петербургском университете диссертацию, посвященную источникам и классификациям обязательств[2]. Комментируя попытки французского законодателя разделить предмет, т.е. обязательство, на два раздела, восходящие то ли к модификации знаменитой *summa divisio* Гая, то ли к аристотелевскому различению произвольных и непроизвольных отношений обмена (*συνάλλαγματα ἑκούσια* и *συνάλλαγματα ἀκούσια*)[3], он приходит к выводу, что все обязательства независимо от происхождения – и договорные, и возникающие без договора – должны подлежать одним и тем же правилам[4]. Положения его работы затем почти дословно воспроизводятся в разработанном проекте[5],

---

ект Гражданского уложения. Киев: Тип. товарищества И.Н. Кушнерев и Ко, 1903; *Кавелин К.Д.* Чего желательно для России: нового свода законов или уложения? // Собрание сочинений К.Д. Кавелина. Т. 4: Этнография и правоведение. СПб., 1900; *Муромцев С.А.* Гражданский закон и жизнь // Вестник права. 1904. № 2; *Малинин М.И.* К вопросу об основных принципах гражданского права и гражданского уложения. Одесса: Тип. П.А. Зеленого (Б.Г. Ульриха), 1882; *Покровский И.А.* Владение в русском проекте гражданского уложения // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 10; *Он же.* Первоначальный проект общих положений об обязательствах. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1890; *Он же.* Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. Доклад, читанный в собрании Общества 27 ноября 1899 года // Приложения к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 г.; *Таль Л.С.* Договор доверенности или поручения в проекте Гражданского уложения. СПб.: Тип. товарищества «Общественная польза», 1911; *Трепицын И.Н.* Гражданское право губерний Царства Польского и русское в связи с проектом Гражданского уложения. Общая часть Обязательственного права / проф. И.Н. Трепицын. Варшава: Тип. Варшавского учебного округа, 1914 и мн. др.

[1] Первоначальный проект общих положений об обязательствах. С объяснительной запискою / сост. В.И. Голевинский. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1890.

[2] *Голевинский В.И.* О происхождении и делении обязательств // Сочинение В. Голевинского. Варшава: В Тип. Осипа Бергера, 1872.

[3] Ср.: *Winkel L.* Alcune osservazioni sulla classificazione delle obbligazioni e sui contratti nominate nel diritto romano // Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja". 103–104 (2000–2001). P. 51–66 (статья переведена на русский язык: *Винкель Л.* К вопросу о классификации обязательств и о поименованных договорах в римском праве // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 3. С.148–168).

[4] *Голевинский В.И.* О происхождении и делении обязательств. С. 25–35.

[5] Сравнительный обзор, а также более подробную историческую справку приводит В.А. Томсинов (см.: Томсинов В.А. Понятие обязательства в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2018. № 3. С. 4–6).

и такая логика построения материала, предполагающая выделение, пусть и очень скромной[1], Общей части обязательственного права с последующим рассмотрением особенностей договорных и внедоговорных обязательств сохраняется и впоследствии[2].

[1] В первом варианте она состояла всего из трех статей. Возможно, кто-то назовет это провалом, но это не так. Осторожность В.И. Голевинского была еще как-то оправданна. Понятно, что и договор, и деликт порождают какие-то обязанности. Но столь же понятно, что обязанности эти разные – в договоре они вытекают из первоначально согласованной программы поведения, охватываемой самим договорным правом, в деликте – из уже состоявшегося факта причиненного вреда. Программа поведения непосредственно в деликтном праве, если и присутствует, то только незримо, мы ее видим лишь вследствие того, за совершение или несовершение каких-то действий может наступить ответственность. В этом контексте вопрос о том, действительно ли договорное и деликтное право настолько одинаковы, что нет никакой необходимости оговаривать их различия, и возможно ли для них обсуждать абсолютно идентичные правила, не праздный. И во избежание случайных решений и создания искусственной общей части, очевидно, требовалось провести серьезную предварительную работу, которая до настоящего времени, кажется, так и не была никем произведена. Это подтверждают и пояснения Редакционной комиссии, которая по результатам обобщения исторического и сравнительно-правового материала заключила, что «законодательная практика не установила до сих пор объема и содержания положений, долженствующих служить введением в Общую часть обязательственного права». Поэтому она ограничилась «лишь определением обязательства и указанием оснований, из коих обязательства возникают». См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. 2).

[2] В выпущенной в 1899 г. первой редакции книги V «Обязательства» первые три статьи представляли собой вводную часть («Общие положения»), а последующие структурировались сообразно отдельным источникам обязательств: раздел I «Обязательства по договорам вообще» (ст. 4–183), раздел II «Обязательства по договорам в особенности» (ст. 184–1044) и раздел III «Обязательства, возникающие не из договоров» (ст. 1045–1106). Такую структуру и выделение в ней Общей части обязательственного права разработчики объясняли: 1) отличием прав по обязательствам от всех прочих имущественных прав, т.е. вотчинных; 2) большей значимостью общих положений об обязательствах в случае помещения их во главе отдела, к которому относятся правила об обязательствах; 3) особенной многочисленностью и чрезвычайной разнообразностью обязательственных отношений, требующих выделения черт, общих для них всех; 4) уже имевшимся опытом выделения общих положений об обязательствах в Своде законов и их частым обращением к ним судебной практики (см.: пояснения разработчиков к общим положениям пятой книги: Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. 1). Структура книги V во второй ее редакции, выпущенной в 1905 г. уже под названием «Обязательственное право», по-видимому, была существенно испорчена внесенными правками. Здесь общие положения поместились теперь всего в две статьи главы I раздела I «Обязательства вообще». Продолжали этот раздел главы: II – «Договоры», III – «Исполнение обязательств», IV – «Уступка требований и передача обязательств», V – «Прекращение обязательств», VI – «Совокупные обязательства и совокупные требования». Далее шел раздел II «Обязательства по договорам», где разбирались особенности отдельных типов договоров, и раздел III «Обязательства, возникающие не из договоров». См.: Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. СПб.: Государственная тип., 1905.

Обязательственное право было той частью проекта, которая его завершала, но сумело во многом опередить другие части. Первоначальный проект общих положений об обязательствах[1] был составлен и напечатан отдельным изданием еще в 1890 г. (это время, когда только готовились, в частности, Германское гражданское уложение, Швейцарский гражданский кодекс[2], действующие до сегодняшнего дня). Затем книга об обязательствах была представлена в составе пяти книг полного варианта проекта Гражданского уложения. Она числилась последней по счету, но была опубликована уже в 1899 г., тогда как вторая, третья и четвертая книги увидели свет лишь в 1902–1903 гг.[3] После обсуждения замечаний проект Редакционной комиссии в окончательной редакции был напечатан целиком в 1905 г., но из всех его книг пятая единодушно была выбрана первой для внесения в Государственную Думу[4]. Положения об обязательствах виделись, с одной стороны, наиболее требовавшими изменений ввиду вовлечения в оборот существенно большего количества участников[5], а с другой – лучше поддававшимися

[1] Первоначальный проект общих положений об обязательствах. С объяснительной запискою / сост. В.И. Голевинский. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1890.

[2] ФГК уже действовал, но к нему относились скептически как в России, так и за рубежом. При этом любопытно, насколько похожей была волна общей критики и негодования в отношении попыток заимствований из него, поднятая независимо друг от друга российскими и немецкими коллегами. Ср.: Мнение министра юстиции по части составления законов для Российской империи. 27 января 1815 года // Архив Государственного Совета. Т. 4: Царствование императора Александра I (с 1810 по 19 ноября 1825 г.). Журналы по делам Департамента законов. СПб., 1874. Стлб. 124–149, 133; Мнение адмирала Мордвинова. 28 января 1815 года // Там же. Стлб. 165–168 и др. (приводится по: *Томсинов В.А.* Проект Гражданского уложения Российской империи 1809–1814 гг. и его значение в формировании российской науки гражданского права // Законодательство. 2014. № 10–12; 2015. № 1), с одной стороны, и: *Thibaut A.F.J.* Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelberg, 1814; *Savigny F.C. von.* Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1814 и др. – с другой.

[3] Только первая книга в этом варианте проекта была напечатана чуть ранее, в 1895 г., и издана в новой редакции в 1898 г.

[4] Исторические факты заимствованы из статей В.А. Томсинова (в особенности: Томсинов В.А. Понятие обязательства в проекте Гражданского уложения. С. 4–6, 8).

[5] См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Т. I. 1899. С. 2) и в редакции 1905 г. (Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 2), а также мотивы последующих решений Министерства юстиции (Записка министра юстиции по проекту книги V Гражданского уложения (обязательственное право) // Обязательственное право. Вып. 2: Объясни-

единству в сравнении, к примеру, с нормами о вотчинном обороте или об имущественных и личных отношениях между членами семьи, которые более зависели, по мнению юристов того времени, от различий местностей, живущих своей особой жизнью[1]. В общей структуре проекта положения об обязательствах также заняли подавляющую часть текста[2], и 90% от их объема составило договорное право.

Одновременно договорное право попадает в учение о сделках (книга I). Это второй пласт системных проблем, с которым не могли не столкнуться разработчики. Разобравшись более или менее с делением обязательств на виды и с выделением в них общего и частного, т.е. с отнесением договоров к области учения об обязательствах, разработчики, разумеется, не могли упустить из виду, что договор – это еще и один из видов сделок, а точнее, главный их вид. Поэтому правила о договоре теперь появляются также в Общей части гражданского права, в учении о сделках, оказываясь разбросанными между двумя книгами проекта.

К этому наслоению, очевидно, привел отказ от институционной системы построения нормативного материала. Разработчики лишь встретили на своем пути сложность, которая неизбежна для всех, кто способен различать частное и общее, в данном случае – видеть в договоре одновременно и волевой акт, для которого справедливы правила о волевых актах, и источник обязательства, для которого справедливы правила об обязательствах[3]. Если быть точным, данный отказ произо-

тельная записка к проекту министра юстиции (часть 1-я) / под ред. Н.В. Сорина СПб.: Тип. В. Безобразов и Ко, 1914. С. 4).

[1] *Гуляев А.В.* Проект гражданского уложения. Доклад, читанный в собрании Общества 18 сентября 1899 года // Приложения к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 г. С. 3. Об иных мотивах, которыми руководствовался министр юстиции при определении порядка введения проекта в действие, см. подробнее: Записка министра юстиции по проекту книги V гражданского уложения. С. 3.

[2] В.А. Томсинов приводит статистические данные, которые это подтверждают. Вся сводная редакция проекта Гражданского уложения 1905 г., пишет он, насчитывала 2640 статьи: из них 1074 статьи составляли пятую книгу, т.е. обязательственному праву было посвящено 40% всех статей данного проекта. Окончательный вариант пятой книги проекта Гражданского уложения, внесенный 14 октября 1913 г. в Государственную Думу, был расширен до 1216 статей, но общее его наименование, его структура и названия разделов не изменились по сравнению с предыдущей редакцией (*Томсинов В.А.* Понятие обязательства в проекте Гражданского уложения. С. 8).

[3] В пояснениях к печатному изданию первой книги проекта Гражданского уложения, появившемуся в 1895 г., В.И. Голевинским как раз высказывалось очень близкое мнение, только применительно не к сделкам, а к договорам как центральной, по его мнению, категории (к ст. 186–197): «...правила общие, как то: об изъявлении воли неза-

шел даже раньше: еще в начале столетия итоги обсуждения проекта Гражданского уложения 1809–1814 гг.[1], за сходство которого с только что принятым ФГК, возможно случайное[2], разработчик дорого поплатился, показали принципиальность отвержения институционной системы[3], и с тех пор никаких сомнений относительно целесообраз-

висимо от формы изъявления, о свободности и сознательности оной, всецело принадлежат Общей части. Правила о заключении договоров обязательственных вообще и между отсутствующими контрагентами в особенности, изложенные в ст. 186–197... как исключительно свойственные обязательственному праву, должны бы быть отнесены, на мой взгляд, к отделу уложения об обязательствах» (см.: Проект книги первой Гражданского уложения с объяснительною запискою. СПб.: Государственная тип., 1895. С. 407).

[1] Обзор точек зрения см. подробнее: *Томсинов В.А.* Проект Гражданского уложения Российской империи 1809–1814 гг. и его значение в формировании российской науки гражданского права // Законодательство. 2014. № 10–12; 2015. № 1.

[2] «Другие искали доказать, что Уложение, мною внесенное, есть перевод с французского или близкое подражание: ложь или незнание, кои изобличить также нетрудно, ибо то и другое напечатано. В источнике своем, т.е. в римском праве, все уложения всегда будут сходны, но со здравым смыслом, со знанием сих источников и коренного их языка можно почерпать прямо из них, не подражая никому и не учась ни в немецких, ни во французских университетах» (*Сперанский М.М.* Пермское письмо императору Александру I // *Сперанский М.М.* Руководство к познанию законов. СПб., 2002. С. 576). О том, что навыки построения институционной системы в России реализовывались до ФГК 1804 г. говорит, в частности, и изданное Екатериной II в 1768 г. «Начертание о приведении к окончанию Комиссии проекта нового Уложения» («право особенное сделано для пользы каждого лица особенно; и потому оно заключает в себе все те узаконения и установления, которые каждому гражданину, живущему с прочими в обществе, *как в рассуждении его самого, так и в рассуждении его имения и обязательств*, приносят пользу и безопасность. Из сего ясно видеть можно, что при сочинении проекта новых законов, *на сии три предлога весьма прилежно смотреть должно; ибо все, что ни входит в составление права особенного, подвергается сему разделению*. Итак, сие право особенно содержит в себе: *1. Лица, 2. вещи, 3. обязательства* (курсив мой. – *К.У.*)». Цитаты приводятся по работам В.А. Томсинова: *Томсинов В.А.* Разработка проекта Гражданского уложения и развитие науки гражданского права в России в конце XIX – начале XX века. Статья третья // Законодательство. 2015. № 4; *Он же*. Проект Гражданского уложения Российской империи 1809–814 гг. и его значение в формировании российской науки гражданского права // Законодательство. 2014. № 10–12; 2015. № 1.

[3] Такую тенденцию можно увидеть даже в последующих пояснениях тех авторов, которые воплотили институционную систему в проекте 1809–1814 гг. (ср.: *Сперанский М.М.* Предположения к окончательному составлению законов // Отдел рукописей Российской национальной библиотеки (далее – ОР РНБ). Фонд 731. Ед. хр. 996. Л. 3–4: уложение – «систематическое изложение законов по их предметам, так устроенное, чтобы 1) законы общие предшествовали частным, и предыдущие всегда приуготовляли бы точный смысл и разумение последующих; 2) чтоб все законы, по своду недостающие, дополнены были в Уложении и обнимали бы сколь можно более случаев, не нисходя, однако же, к весьма редким и чрезвычайным подробностям») (цит. по: *Томсинов В.А.* Создание «Полного собрания законов» и «Свода законов». С. 238–239). Затем отказ от институционной системы реализовался и в нормативной плоскости: ча-

ности ее восприятия в России не было. Выгод от такого решения, по-видимому, оказалось больше, чем недостатков.

Но вернемся к договорному праву. Мы помним, что Свод законов, или почтенный старец, как его назвали современники, страдал целым рядом пороков. Справился ли с ними *nasciturus*, проект Редакционной комиссии?

Знакомство с проектом показывает, что общая часть договорного права в нем существенно расширена. Ее структура и порядок изложения материала в процессе подготовки неоднократно меняются сообразно поискам оптимального соотношения между частями проекта, так или иначе связанными с договорным правом. И по ходу этих изменений видно, как разработчики пытаются распределить нормативный материал между центральными группами правил: о сделках, об обязательствах вообще, о договорах, о причинении вреда.

К примеру, первоначальный проект общих положений об обязательствах, напечатанный в 1890 г., во многом схож с книгой V проекта Гражданского уложения варианта 1905 г. и включает в общие положения о договоре следующие разделы: общие правила, порядок составления договоров, предмет договоров, действие договоров, договоры в пользу третьего лица, задаток. В книге V проекта Гражданского уложения варианта 1899 г. глава, посвященная общим положениям о договоре, структурно увеличивается за счет того, что вбирает в себя часть учения о сделках и общей теории обязательств, и теперь это: определение договора, заключение договора, предмет договора, принуждение, ошибка и обман, условия, сила договора для сторон и их наследников, договор в пользу третьего лица, задаток, отступное и неустойка. В окончательном варианте книги V, внесенной в 1913 г. на рассмотрение Государственной Думы, Общая часть договорного права состоит из 75 статей, объединенных в разделы: общие положения, заключение договора, предмет договора, принуждение, ошибка и обман, условия и сроки, законная сила договоров, договор в пользу третьего лица, задаток, отступное и неустойка, толкование договора[1].

стично – уже в ходе подготовки Свода законов Российской империи (см. саму структуру ч. I т. X: книги II и III, разделы I, II книги IV и разделы III, IV книги IV, а также использованные принципы систематизации: *Томсинов В.А.* Создание «Полного собрания законов» и «Свода законов». С. 256–257, 258–259), в большей мере – в рассматриваемом нами проекте Гражданского уложения Российской империи).

[1] Ср.: Первоначальный проект общих положений об обязательствах. С объяснительной запискою / сост. В.И. Голевинский. СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1890; Гражданское уложение. Книга пятая. Обязательства. Том первый. Ст. 1–276 с объ-

Многие систематические несоответствия, встречавшиеся ранее в Своде, устранены. Видно, как очищается деление вещного и обязательственного права и само существо обязательственного права освобождается от несвойственных ему черт (ср. т. X ч. 1, книги II, структуру раздел II Свода и структуру книги I–V проекта). Правила о вознаграждении за вред, причиненный недозволенными действиями, переносятся из норм о порядке приобретения и укрепления прав на имущество в обязательственное право (ср.: т. X ч. 1, книги II, раздел II гл. VI Свода и книги V, раздел III проекта) с тем обоснованием, что гражданские последствия недозволенных деяний сводятся главным образом к обязательственным отношениям. Стало быть, совершенствуется система обязательств и устанавливается более выверенное отношение между договором и обязательством. Продажа, мена и дарение, наконец, входят в область договорных отношений (ср.: т. X ч. 1, книги III, раздел I и III, книги IV, раздел III Свода и книги V, раздел II проекта). Существенно разрастается и иначе структурируется вообще вся система договоров: теперь это более двадцати глав Особенной части, которые дополнены не только отсутствовавшими здесь ранее меной, продажей и дарением, но и рядом других договорных типов (ср. т. X ч. 1 книги IV, раздел III Свода и книги V, раздел II проекта). При этом оговариваются правила для договоров, не подходящих под какой-либо из указанных в законе типов: они не признаются в силу одного только этого обстоятельства недействительными и подчиняются общим правилам о договорах (ср. ст. 185 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1570 проекта в редакции 1905 г.)[1].

---

яснениями. СПб.: Государственная тип., 1899; Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. СПб.: Государственная тип., 1905 (приводится по обобщению В.А. Томсинова: *Томсинов В.А.* Понятие договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX века // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2018. № 5. С. 23).

[1] Разработчиками во вводной части упоминается устранение и иных недостатков Свода. Так, они пишут, что в обязательственном праве Проект более не упоминает о залоге и закладе (ср.: т. X ч. 1, книги IV, раздел I гл. III и IV Свода), имея в виду, что при надлежащей системе изложения залог и заклад должны быть отнесены к отделу прав вотчинных; поручительство из Общей части обязательств (ср.: т. X ч. 1, книги IV, раздел I гл. I Свода) переносится в Особенную часть и помещается в ряду других договоров и т.д. См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. XLVII–XLVIII).

Содержание положений о договоре включает в себя более развернутые правила. Идеи, к которым они восходят, во многом соответствуют духу времени.

Детализируются и освобождаются от излишнего формализма нормы о заключении договора (ст. 6–20 проекта книги V в редакции 1899 г. и ст. 182–209 проекта книги I в редакции 1895 г.; ст. 57, 1571–1583 проекта редакции 1905 г.). Уточняются момент заключения договора, требования к предложению заключить договор и к ответу о принятии данного предложения, требования к их отмене, определяется значение формы договора. Указывается, что действительность договора не зависит от того, заключен он на словах или на письме. Установление законом письменной формы имеет лишь то значение, что в случае спора договор не может быть доказываем на суде свидетельскими показаниями, но в подтверждение договора могут быть представляемы как акты, подписанные договорившимися сторонами, так и письма, телеграммы и вообще всякого рода письменные доказательства. Недействительным такой договор может быть признан, только если в порядке исключения законом предусматривается данное последствие, и притом для таких обязательств, которые, как пишут разработчики, вне требуемой законом формы и не существуют (например, чеки, переводные письма, бумаги на предъявителя)[1].

Стремление к достижению материальной, а не формальной правды виделось разработчикам одним из главных начал, положенных в основание проекта. В смягчении правил и упрощении формы заключения договора они усматривали необходимую меру, которая способствовала бы и облегчению хозяйственного оборота, и достижению стандарта добросовестного поведения: «Присвоение какой-либо особенной форме значения существенной принадлежности обязательственного договора вообще давало бы возможность стороне, изъявившей свое согласие самым положительным образом, но в другой форме, и даже исполнившей принятое на себя обязательство по неформальному договору, признавать на суде как заключение, так и добровольное исполнение договора и в то же время опровергать требование об исполнении в первом и требовать возврата переданного во исполнение договора имущества во втором случае, основываясь на возражении о неформальности договора, возражении, составляю-

[1] В этих случаях установление строгой формы требовалось для сообщения договорному обязательству свойства оборотной ценности, т.е. «для того, чтобы обязательство, наподобие вещи, сделалось предметом приобретения третьими лицами в собственность» (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. 50).

щем, очевидно, не более как предлог, прикрывающий своекорыстие и недобросовестность»[1].

Помимо правил о заключении договора, прорабатываются также иные вопросы, относящиеся к теории договорного права. В редакции проекта книги V 1899 г. все они содержатся в разделах о договорных обязательствах (ст. 4–1044 проекта книги V в редакции 1899 г.), но в редакции проекта 1905 г. многие переносятся в Общую часть обязательственного права (ст. 1567–1723 проекта редакции 1905 г.) или в учение о сделках (ст. 56–97 проекта редакции 1905 г.).

В частности, дополняются положения о содержании договора и условиях его действительности (ст. 21–34, 185 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1584–1588, 60–66, 92–94, 1570 проекта редакции 1905 г.), обобщаются и редакционно перерабатываются положения о силе договора для сторон и их наследников, напоминая об обязательности договора для сторон и относительности договорной связи (ст. 43–44, 114 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 92 проекта редакции 1905 г.), вводятся правила о договорах в пользу третьего лица как исключение из принципа относительности договорной связи (ср. ст. 43 и ст. 45–48 проекта книги V в редакции 1899 г., 1589–1592 проекта редакции 1905 г.), обобщаются и расширяются правила толкования договора, где среди прочего теперь встречается и принцип *favor contractus* (ст. 65–70 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 86–91 проекта редакции 1905 г.).

Впервые системно представляются правила исполнения договора: принципы, которым оно должно подчиняться (ст. 65 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1609, 92 проекта редакции 1905 г.), лица, участвующие в исполнении (ст. 74–80 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1613–1618 проекта редакции 1905 г.), место, срок и издержки исполнения (ст. 81–88 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1619–1626 проекта редакции 1905 г.), предмет исполнения, в том числе исполнение по частям, замена предмета исполнения (ст. 89–93 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1627–1631 проекта редакции 1905 г.), порядок принятия исполнения (ст. 102–103 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1640–1641 проекта редакции 1905 г.), хранение и продажа непринятого имущества (ст. 108–111 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1646–1649 проекта редакции 1905 г.) и т.д.

[1] См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. LII–LIII, 48–51) и в редакции 1905 г. (Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского Уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 51).

Подробно раскрываются виды и последствия неисполнения договора, а также отдельные средства защиты: возражение о неисполнении и возможность отступиться от нарушенного двустороннего договора; требование об исполнении договора в натуре или возможность совершения требуемых действий за счет должника; возможность устранения за счет должника всего сделанного им в нарушение негативного обязательства и воспрещение дальнейшего нарушения с угрозой возрастающего денежного штрафа; требование о взыскании убытков, их состав и правила расчета; требование о взыскании неустойки и правила ее исчисления; определяется соотношение этих средств защиты между собой; устанавливается режим соглашений об ограничении или устранении ответственности и т.д. (ст. 57–64, 71, 112–138 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1601–1608, 1610, 1650–1678 проекта редакции 1905 г.).

Расширяется перечень оснований прекращения договорных обязательств, в котором теперь точно появляются зачет и совпадение (ст. 153–165 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1693–1705 проекта редакции 1905 г.), уточняются правила об уступке требований и переводе обязательств по договорам (ст. 139–152 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1679–1692 проекта редакции 1905 г.), а также правила о совокупных обязательствах и совокупных требованиях (166–183 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1706–1723 проекта редакции 1905 г.).

Все эти правила во многом тоже основываются на уже сформулированных прежде ориентирах – свободе договора, относительности договорного отношения, нерушимости договорной связи и т.д., но одновременно раскрывают и более общие идеи. Так, руководствуясь, пожалуй, самой фундаментальной из них, разработчики продолжают, например, расширять меры, позволяющие подчинить поведение сторон определенным стандартам.

Поскольку в оборот теперь вовлекается большое количество участников, в том числе освободившихся от сословных пут, особенно важным становится защитить менее опытных участников и всех, кто нуждается в такой особенной защите. Внимание к их положению представляется одним из необходимых шагов на пути к достижению справедливости: «...закон должен быть справедлив. Строго ограждая права всех, он вместе с сим должен обращать внимание на интересы слабых, беспомощных, словом, всех тех, кто, по, по своему личному или имущественному положению, нуждается в особенной защите закона, не будучи в состоянии с достаточной энергией отстаивать свои

права»[1]. В связи с этим проект, в частности, расширяет понятие обмана, приравнивая к нему и те случаи, когда кто-либо, злоупотребляя оказываемым ему доверием или принадлежащей ему властью или пользуясь легкомыслием, слабостью воли, нуждою или несчастьем другого лица, заключает с этим лицом явно невыгодный для него договор[2] (ст. 31 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 64 проекта в редакции 1905 г.[3]). Кроме того, проект ограждает должников от угнетения непомерными процентами или чрезмерной неустойкой (ст. 63, 95, 356 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1607, 1632, 1892 проекта в редакции 1905 г.), возлагает на нанимателя обязанность оказывать нанявшемуся покровительство и защиту в случаях, когда он может в этом нуждаться, ограждать его жизнь и здоровье от опасности при производстве работ и гуманно с ним обращаться и т.п. (ст. 410, 411, 432–434 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1943, 1944, 1963–1965 проекта в редакции 1905 г.)[4].

Начала справедливости и добросовестности, по мнению разработчиков, вообще должны были стать тем, на чем покоятся договорные отношения. Поэтому они проводятся ими яркой чертой через весь проект и встраиваются также и в остальные нормы: в частности, о том, что договоры должны быть исполняемы по доброй совести (ст. 63 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1609, 92 проекта редакции 1905 г.), о том, что неисполнение договора одной стороной лишь в незначитель-

[1] См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. LI) и в редакции 1905 г. (Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского Уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 50).

[2] Свобода договора, казалось бы, тем самым ограничивается, поскольку даже включенные в договор соответствующие положения могут подвергнуться корректировке, но на самом деле только укрепляется, поскольку, если бы подобные договоры сохраняли силу, это означало бы возможность связанности ими без подлинного согласия на это. «Такой договор, – поясняют разработчики, – как заключенный без свободного и сознательного согласия и служащий источником несправедливой выгоды, может быть признан, по просьбе заинтересованного лица, недействительным (см. ст. 26, 27 и 32 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 60, 65 проекта в редакции 1905 г.)».

[3] В этой, второй редакции проекта Гражданского уложения данные нормы перемещаются в Общую часть, в учение о сделках. О сравнении предложенных проектом решений с предшествовавшим регулированием см.: *Томсинов В.А.* Условия действительности договора в проекте Гражданского уложения Российской империи конца XIX – начала XX в. // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2019. № 1. С. 9–40.

[4] См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. LI).

ной части не дает права другой стороне отказываться от исполнения лежащего на ней обязательства, если такой отказ, по обстоятельствам дела, представляется недобросовестным (ч. 2 ст. 71 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1610 проекта редакции 1905 г.), о ситуациях, когда исполнение договора сопряжено с чрезмерными издержками для обязанной стороны или вообще для нее весьма обременительно (ст. 314, 362, 422, 438 п. 3, 451, 457, 458, 997 и др. проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1851, 1898, 1954, 1969 п. 3, 1982, 1988, 2536 и др. проекта редакции 1905 г.)[1].

Разумеется, реализовать подобные начала было бы невозможно без разумного баланса в разделении труда законодателя и правоприменителя. Поэтому еще одной системообразующей идеей разработчикам видится предоставление возможно широкого простора усмотрению суда: только при этом условии, полагали они, отношения сторон могли быть в каждом конкретном случае определены на справедливых основаниях.

В зависимость от усмотрения суда ставится решение многих уже упомянутых ранее вопросов: в частности, возможность уменьшения неустойки, когда она представлялась чрезмерной (ст. 63 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1607 проекта в редакции 1905 г.); возможность досрочного прекращения договора личного найма, когда принятые несовершеннолетним обязательства непомерно тягостны для него (ст. 422 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1954 проекта в редакции 1905 г.); возможность отмены договора пожизненного содержания или замены содержания определенными ежегодными денежными выдачами, когда дальнейшее продолжение договора становится невыносимым для той или другой стороны (ст. 997 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 2536 проекта в редакции 1905 г.) и т.д.

Но более всего в нем нуждались, по мнению разработчиков, правила о возмещении убытков, особенно пострадавшие от ограничений в праве суда руководствоваться свободным усмотрением. Сложность, с которой российское право столкнулось и столетие спустя, – формальные отказы в исках лишь на основании недоказанности точной цифры убытков и вопреки доказанности самого права на вознаграждение, а также несомненному существованию убытков, приравнивалась разработчиками, в сущности, к отказу в правосудии. Для ее преодоления проектом также во многих случаях предоставляется достаточно широкий простор справедливому усмотрению суда (ст. 117 ч. 2, 119, 122, 377

[1] См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899). С. LII.

ч. 2 и др. проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1655 ч. 2, 1657, 1660, 1913 ч. 2 и др. проекта в редакции 1905 г.)[1].

Так договорное право приобретает вид, которого не знало ранее. Разработчиками очерчиваются практически все стадии развития договорных отношений – либо в детальных разъяснениях, либо в руководящих принципах (свободы договора, борьбы с формализмом, добросовестности и др.), из которых суд может вывести ориентиры для решения конкретных вопросов. Существо многих из них может показаться близким даже современным юристам, которые без труда способны обнаружить в тексте много знакомого[2].

[1] См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. LIII–LIV) и в редакции 1905 г. (Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского Уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 51).

[2] Ср., в частности: ст. 184, 187–190 проекта книги I в редакции 1895 г., ст. 7–10 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1572–1575 проекта 1905 г., ст. 435 п. 2, 436, 439–442 ГК РФ (правила о безотзывности оферты и об акцепте, полученном с опозданием, претерпели редакционную правку, отразившуюся на содержании); ст. 191–192 проекта книги I в редакции 1895 г., ст. 11 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1576 проекта 1905 г., ст. 442 п. 2, 443 ГК РФ; ст. 205 проекта книги I в редакции 1895 г., ст. 59 проекта 1905 г., ст. 160 п. 3 ГК; ст. 208–209 проекта книги I в редакции 1895 г., ст. 13–16, 19 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 57, 1578–1580, 1583 проекта 1905 г., ст. 158–162, 434 ГК РФ; ст. 248 проекта книги I в редакции 1895 г., ст. 95 проекта 1905 г., ст. 180 ГК РФ; ст. 4 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 420 п. 1 ГК РФ; ст. 6 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 185 и 194 проекта книги I в редакции 1895 г., ст. 1571 проекта 1905 г., ст. 432–433 ГК РФ (правила о моменте заключения договора претерпели редакционную правку, отразившуюся на содержании); ст. 24 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1587 проекта 1905 г., ст. 170 ГК РФ; ст. 45–48 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1589–1592 проекта 1905 г., ст. 430 ГК РФ; ст. 43 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 308 п. 3 ГК РФ; ст. 63 проекта книги V в редакции 1899 г., 1607 проекта 1905 г., ст. 333 ГК РФ; ст. 65–70 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 86–91 проекта 1905 г., ст. 431 ГК РФ (правила претерпели редакционные сокращения, отразившиеся на содержании); ст. 71 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1610 проекта 1905 г., ст. 328 ГК РФ (изложение условий заявления отказа от исполнения претерпело редакционную правку, отразившуюся на содержании); ст. 74–77 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1613–1615 проекта 1905 г., ст. 313 ГК РФ; ст. 78–79 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1616–1618 проекта 1905 г., ст. 312 ГК РФ; ст. 81–82 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1619–1620 проекта 1905 г., ст. 316 ГК РФ (с дополнениями относительно иных объектов); ст. 81, 84–85, 87–88 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1619, 1622–1623, 1625–1626 проекта 1905 г., ст. 314–315 ГК РФ (с редакционными корректировками и дополнениями); ст. 89 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1627 проекта 1905 г., ст. 311 ГК РФ; ст. 90 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1628 проекта 1905 г., ст. 409 ГК РФ; ст. 91 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1629 проекта 1905 г., ст. 320, 308.1 ГК РФ; ст. 97–101 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1635–1639 проекта 1905 г., ст. 319, 319.1 ГК РФ (порядок определения очередности претер-

Такое содержание соединяется с отличной формой. Отдельным достоинством проекта является ясность и доступность изложения материала. Данному моменту Редакционная комиссия уделила особое внимание: «...что касается способа изложения постановлений проекта, то Редакционная комиссия стремилась и придать проекту возможно большую ясность и определенность и сделать его доступным для понимания всех, даже не юристов». Новые термины вводились в проекте «лишь в случаях явной в том необходимости», по возможности выбирались понятные и употребляемые русские слова, точно выражающие понятия, лежащие в основе слов (например, слово «кредитор» было заменено словом «веритель», оферта – предложением заключить договор и т.д.)[1].

Выбранная разработчиками методология работы над проектом и такое уникальное соединение содержания и формы, казалось бы, должны были стать хорошим стартом для дальнейшего развития, которое уже начало реализовываться в массе опубликованных статей[2]. Но проект так и не успел войти в новое тысячелетние. Вместе с ним было заживо похоронено и договорное право[3]. Отныне все ростки цивилистической

пел редакционную правку, отразившуюся на содержании); ст. 102–103 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1640–1641 проекта 1905 г., ст. 408 ГК РФ; ст. 104–107 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1642–1645 проекта 1905 г., ст. 359–360 ГК РФ (с редакционной правкой, частично отразившейся на содержании); ст. 112 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1650 проекта 1905 г., ст. 401 ГК РФ (с редакционной правкой, частично отразившейся на содержании); ст. 114 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1653 проекта 1905 г., ст. 402–403 ГК РФ; ст. 115 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1652 проекта 1905 г., ст. 401 п. 4 ГК РФ; ст. 116 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1654 проекта 1905 г., ст. 15, 393 ГК РФ; ст. 120 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1658 проекта 1905 г., ст. 398 ГК РФ; ст. 121–122 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1659–1660 проекта 1905 г., ст. 397 ГК РФ; ст. 127, 130, 132, 137 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1665, 1668, 1671, 1677 проекта 1905 г., ст. 405 ГК РФ; ст. 134–138 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1673–1678 проекта 1905 г., ст. 406 ГК РФ; ст. 154–165 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 1694–1705 проекта 1905 г., ст. 410–412, 413, 407 и 414, 415 ГК РФ и мн. др.

[1] См. пояснения разработчиков к проекту пятой главы в редакции 1899 г. (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. XLVIII–LI) и в редакции 1905 (Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 49–50).

[2] Некоторые из них мы уже отмечали: *Покровский И.А.* Обязательства из деликтов в проекте Гражданского уложения. Доклад, читанный в собрании Общества 27 ноября 1899 года // Приложения к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 г.; *Таль Л.С.* Договор доверенности или поручения в проекте Гражданского уложения. СПб.: Тип. товарищества «Общественная польза», 1911 и др.

[3] Гражданский оборот после Октябрьской революции резко сокращается, что происходит не случайно, а во многом вследствие целенаправленной политики, демонстри-

мысли почти на столетие теряются во времени и смогут прорасти только к самому концу XX – началу XXI в.

К концу 1905 г. Редакционная комиссия представляет министру юстиции для дальнейшего направления в законодательном порядке объединенный проект всех пяти книг Гражданского уложения и завершает свою работу. 14 октября 1913 г. окончательный вариант книги V, единогласно признанной желательной к введению в действие, вносится на рассмотрение Государственной Думы[1]. И на этом его история заканчивается.

Наступает новая эпоха, в которой договорное право перестает существовать. Поскольку нельзя назвать столь громким словом тот скромный набор усеченных правил, который предусматривали последующие, уже советские кодификации в немногочисленных статьях, лишенных основных принципов и фундаментальных ценностей договорного права.

Сделанный на скорую руку по предшествовавшим меркам[2], ГК РСФСР 1922 г., помощник в первых провалах советской политики[3],

ровавшей стремление заменить договорные связи административно-плановым методом воздействия (см.: *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года: 2-е изд., испр. и доп. М.: Зерцало-М, 2002. С. 15–16). Это достижение свидетельствуют и современники событий: 28 июня 1920 г., выступая перед деятелями советской юстиции, А.Г. Гойхбарг отмечает, что «число гражданских дел сводится к нулю, договорное право уничтожено» (цит. по: *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 29–30, 83, 87).

[1] См.: Записка министра юстиции по проекту книги V Гражданского уложения. С. 2–4; Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссии проекту Гражданского уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. С. 56–57, 62. Подробный обзор см.: Томсинов В.А. Разработка проекта Гражданского уложения и развитие науки гражданского права в России в конце XIX – начале XX века. Статья четвертая // Законодательство. 2015. № 5.

[2] Проект Кодекса был представлен А.Г. Гойхбаргом за две недели. В его основу, конечно, были положены и результаты предыдущих этапов работы, в частности, проект Межведомственной комиссии при НКЮ по выработке Кодекса гражданских законов, проект Кодекса законов об обязательствах, возникающих из договоров, и иные подготовительные материалы, но и они готовились в очень сжатые сроки (см.: *Новицкая Т.Е.* Неизвестные страницы истории создания Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. // Советское государство и право. 1990. № 10; *Она же.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 29, 32, 40, 49, 51–52, 51, 83).

[3] «Закон, регулирующий «вынужденное отступление Советской власти»» (цит. по: *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 109), «когда пришло время расставаться с военным коммунизмом, на первом плане оказались меры скорой помощи, а не строительство «нового мира» по выверенным и рассчитанным надолго чертежам» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010.

еще близок к тому, что принято считать договорным правом, и часто воспроизводит положения проекта Гражданского уложения, которые несложно обнаружить в нем даже путем простого сопоставления текстов[1]. Что, впрочем, неудивительно: представьте себе, что вам нужна моя книга, а мне – книга вашего соседа, и попробуйте реализовать желаемое, не используя конструкцию договора купли-продажи. Было бы неразумно изобретать велосипед, который уже ездил по просторам страны несколько столетий, вобрал в себя лучшие наработки других производителей и неплохо себя зарекомендовал. Авторы Кодекса, будучи хорошо образованными юристами еще старой школы[2], есте-

[1] Ср., в частности: ст. 26 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 56 проекта Гражданского уложения в редакции 1905 г. (т.е. окончательного текста Редакционной комиссии, но он еще претерпевал некоторые правки до внесения в Государственную Думу), ст. 27 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 57–58 проекта, ст. 28 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 59 проекта, ст. 29 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 57 проекта, ст. 30 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 94 проекта, ст. 31 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 92–93 проекта, ст. 32 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 60–63 проекта, ст. 33 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 64 проекта, ст. 34 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1587 проекта, ст. 35 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1587 проекта, ст. 36 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 96 проекта, ст. 37 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 95 проекта, ст. 106 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1568 проекта, ст. 107 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1567 проекта, ст. 108 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1630, 1629 проекта, ст. 109 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1627 проекта, ст. 110 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1632 проекта, ст. 111 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1619, 1622–1623 проекта, ст. 112 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1625 проекта, ст. 113 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1619–1620 проекта, ст. 115 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1706, 1709, 1718 проекта, ст. 116 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1611–1612 проекта, ст. 117 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1650, 1654 проекта, ст. 118 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1650 проекта, ст. 119 п. 2 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1653 проекта, ст. 120 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1658 проекта, ст. 121 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1664–1666, 1668, 1671–1672, 1677 проекта, ст. 122 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1673, 1676–1678 проекта, ст. 124 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1679–1681, 1684 проекта, ст. 125 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1682 проекта, ст. 126 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1689 проекта, ст. 127 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1692 проекта, ст. 128 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1683, 1690 проекта, ст. 129 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1694, 1703–1704 проекта, ст. 130 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1571 проекта, ст. 131 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1572 проекта, ст. 132 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1573 проекта, ст. 133 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1573, 1575 проекта, ст. 135 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1576 проекта, ст. 136 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1578–1579 проекта, ст. 139 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1610, 1569 проекта, ст. 140 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1589–1591 проекта, ст. 141 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1601, 1605, 1602 проекта, ст. 142 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1607 проекта, ст. 143 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1593, 1594, 1597 проекта, ст. 144 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1662 проекта, ст. 145 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1650 проекта, ст. 146 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1663 проекта и мн. др.

[2] Имеется в виду не только и даже не столько сам А.Г. Гойхбарг, который формально руководил созданием Гражданского кодекса, хотя и он получил образование до революции, сколько те, чей проект был положен в основу его работы (см. подробнее, в частности: *Новицкая Т.Е.* Неизвестные страницы истории создания Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. // Советское государство и право. 1990. № 10; *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

ственно так или иначе опирались на достижения дореволюционной цивилистики[1].

Но эти положения ныне воспроизводятся ими явно в сокращенном виде – то ли потому, что некоторые из них могли оказаться слишком сложными для нового судейского корпуса[2], то ли потому, что еще не было понятно, станут ли они согласовываться с последующими планами экономического развития[3]. Поэтому это скорее пересказ проекта Гражданского уложения, и пересказ не очень полный. Более того, местами искаженный[4] и дополненный не всегда очевидными ве-

[1] Об этом прямо говорили и современники, участвовавшие в принятии Кодекса (см., в частности, высказывания П.И. Стучки: «...сам кодекс составлен таким образом: взят какой-нибудь хороший кодекс, а таких очень много, значит, один из образцовых гражданских кодексов, или, вернее, наше Гражданское Уложение старого правительства, и из него выкинуто то, что показалось ненужным, и вставлены некоторые статьи принципиально советского характера» (цит. по: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010; *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 84), и авторы, впоследствии анализировавшие историю российских кодификаций: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010; Кодификация российского гражданского права / под ред. С.С. Алексеева, Б.М. Гонгало, С.А. Степанова и Д.В. Мурзина. Екатеринбург: Изд-во Ин-та частного права, 2003. С. 5 и др.

[2] «Во-первых, всем тогда представлялось, что гражданский оборот, вызванный к жизни нэпом, будет простым, возможно, даже примитивным. Во-вторых, нельзя было не считаться с квалификацией нового судейского корпуса, прежде всего мировых судей, и с правосознанием граждан» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006)). М.: Статут, 2010

[3] «Диапазон ленинских высказываний колебался от заявления «нужна экономическая передышка» до слов о том, что нэп – это «всерьез и надолго», на десятилетия» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[4] Познакомившись с ним, можно, к примеру, понять источник последующих противоречий в понимании последствий несоблюдения формы договора. В проекте Гражданского уложения никаких сомнений относительно этого момента разработчики не испытывали и, более того, прямо поясняли свою позицию. Соблюдение письменной формы имело лишь процессуальное значение: при отсутствии таковой договор считался заключенным и действительным (если только о недействительности не было сказано специально), но доказывать его было возможно лишь письменными доказательствами (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. LII–LIII; 48–50, 50–51, 55 и 56 (последний абзац)). В тексте ГК РСФСР 1922 г. мы встречаем формулировку, необъяснимую не только с точки зрения русского языка, но и с точки зрения заложенного в нее смысла: «...договор признается заключенным, когда стороны выразили – в подлежащих случаях в требуемой законом форме – согласие...» (ст. 130). В примечаниях 1 и 2 к ст. 130 авторы подтверждают, что до достижения требуемой формы договора нет, но при этом сохраняют правила о том, что при несоблюдении письменной формы договора он не может быть подтвержден свидетельскими показаниями (примечание к ст. 136), и правила о недействительности договора, когда такое последствие несоблюдения формы спе-

щами: запретом дарения свыше определенной суммы и исключением[1] соответственно прощения долга из перечня оснований прекращения обязательств (ст. 138, 129); ограничением оборота недвижимости (ст. 21, 181, 182); недействительностью сделок при несоответствии их интересам социалистического государства (ст. 30)[2], возвратом полу-

циально оговорено (ст. 29). Так появляется «три сосны», в которых российская практика теряется до сих пор.

Подобные изменения затронули и ряд иных статей. Вследствие корректировок поменяли свой смысл, в частности, положения об опоздавшем акцепте (если ранее неуведомление о получении акцепта с опозданием влекло обязанность возместить убытки, то теперь – связанность договором; ср. ст. 133 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1575 проекта Гражданского уложения в ред. 1905 г., а также Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. 45; значение уведомления остается неясным до сих пор (абз. 1 ст. 422 ГК РФ 1994 г. воспроизводит подход ГК РСФСР 1922 г., абз. 2 ст. 422 ГК РФ 1994 г. – проекта Гражданского уложения)), положения о моменте заключения договора, которые интересно рассмотреть в том числе в связи с изменением правил об опоздавшем акцепте (если ранее момент заключения договора привязывался к моменту отправки акцепта при своевременном его получении, и поскольку приоритет отдавался своевременности получения, опоздавший акцепт, даже своевременно отправленный, не связывал стороны, то теперь договор считается заключенным с момента получения акцепта, но опоздавший акцепт, своевременно отправленный, напротив, по умолчанию связывает стороны; ср. ст. 134 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 194 проекта книги I уложения в ред. 1895 г.; пояснения разработчиков к проекту книги V в ред. 1899 г.: Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. 34–48), положения о недействительности части сделки (если ранее допускалась действительность остальных частей, только «если» они не зависели от недействительной части, то теперь – «поскольку» они не зависели от недействительной части; вместо значения «только если они не зависят» фраза «буде оне не зависят» приобрела смысл «потому что они не зависят»; ср. ст. 37 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 95 проекта Уложения в ред. 1905 г.); положения относительно возражения о неисполнении договора (если ранее лишь существенное неисполнение давало право на такое возражение и тем самым выдерживалось единство оснований, в частности, для возражения о неисполнении и для расторжения договора, где существенность нарушения определялась, в частности, при помощи механизма установления срока, то теперь любое неисполнение дает возможность заявить возражение, а расторжение в принципе не получает сколь-либо внятных очертаний в Общей части; ср. ст. 139 ГК РСФСР 1922 г. и ст. 1610, 1669–1671 проекта Уложения в ред. 1905 г.; единство оснований для этих способов защиты не было достигнуто до сих пор (ср., в частности, условия применения п. 2 ст. 328 и п. 1 ч. 2 ст. 452 ГК РФ 1994 г.) и др.

[1] Ср. ст. 986 Свода законов Российской империи, ст. 165 проекта книги V Гражданского уложения в редакции 1899 г., ст. 1705 проекта Гражданского уложения в редакции 1905 г.

[2] Норма была сформулирована уже (недействительность сделок, «направленных к явному ущербу для государства»), но она давала судам полную свободу. Недействительными по этому основанию признавались, в частности, «покупка предмета, в котором имеет интерес государство по специально объявленному назначению»; договор, по которому была сдана в аренду мельница, находившаяся под общей крышей с картофельно-тарочным заводом, с которым она составляла единый комбинат; выдача векселя незадолго до смерти дальнему родственнику как направленная на предоставле-

ченного в пользу государства при недействительности сделок не только этой (ст. 147), но и ряда других, например, совершенных с пороками воли (ст. 149), подменой смыслов в признании недействительными невыгодных сделок (ст. 33)[1]; возможностью определения судом порядка взыскания присужденного кредитору (отсрочки и рассрочки) в зависимости от имущественного положения должника (ст. 123) и т.д. Лишними оказались как многие элементы системы договорного (и вообще обязательственного) права, в том числе развернутая система договорных типов, правила толкования договора и некоторые иные нормы, так и многие принципы договорного права: в его Общей части сложно найти положения, хоть как-то намекающие на существование, в частности, принципов свободы договора, добросовестности и т.д. Вместо них первая статья, открывающая весь Кодекс, провозглашает необходимость осуществления прав в соответствии с их социально-хозяйственным назначением[2].

---

ние векселедержателю возможности обратить взыскание на имущество векселедателя и тем самым предотвратить его переход к государству как выморочного (эти примеры из практики приводит в монографии Т.Е. Новицкая (см.: *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 86–87).

[1] Проект Гражданского уложения, развивая, казалось бы, в аналогичных нормах начала справедливости, оставался в рамках классических представлений о частном праве. Он помещал данные нормы в раздел, описывающий пороки воли: «...к обману приравниваются те случаи, когда кто-либо, злоупотребляя принадлежащей ему властью или оказываемым ему доверием либо пользуясь слабостью воли, нуждою или несчастьем другого, заключит с ним чрезмерно невыгодную для него сделку» (ст. 31 проекта книги V в редакции 1899 г., ст. 60 и 64 проекта в редакции 1905 г.). Разрушение подобных невыгодных сделок разработчики объясняли отсутствием подлинного согласия на них, чем другая сторона воспользовалась: «...такой договор как заключенный без свободного и сознательного согласия и служащий источником несправедливой выгоды может быть признан недействительным» (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. LI). В ГК РСФСР1922 г. все эти акценты исчезают и остается только невыгодность сделки. Отныне, следуя прямому тексту ст. 33, любая невыгодная сделка в силу только этого обстоятельства может быть признана недействительной. При этом возврат полученного осуществляется в пользу государства (ст. 149; т.е. из-за невыгодности сделки для одной из сторон другая не может не только добиться ее исполнения, но и восстановления *status quo ante contractum*, потребовав возврата предоставленного; факт невыгодности сделки для одной из сторон служит основанием для причисления этого имущества государству), а возможностями по обращению с требованием о недействительности наделена не только потерпевшая сторона, но и «подлежащие государственные органы и общественные организации» (ст. 33). Лишь первое предложение ст. 149, обсуждающее уже последствия недействительности, дает шансы каким-то параллелям с классическими подходами.

[2] И далее Кодекс продолжает реализовывать это начало в нормах общего характера. Их систематизировал в своей работе, в частности, А.Л. Маковский: «В первом со-

По-видимому, появлению подобных ориентиров, знаменующих начало всепоглощающего государственного проникновения даже туда, куда государство по определению проникнуть не может, мы обязаны не только действовавшим к тому моменту нормам (например, о запрете дарения, которые Кодексом были даже смягчены, и др.)[1] и непосредственным указаниям В.И. Ленина относительно подготовки Кодекса (например, о контроле над оборотом с точки зрения соответствия интересам социалистического государства и др.)[2], но и стадии обсуж-

ветском ГК была введена система более общих ограничений, ограничений более высокого уровня – ограничений-принципов, позволяющих считать незаконным формально правомерный частный оборот, если эта правомерность противоречит «социально-хозяйственному назначению права» (ст. 1), если этот оборот «уклоняется в сторону, противную интересам государства» (ст. 18), если он действует «с целью, противной закону или в обход закона, а равно... к явному ущербу для государства» (ст. 30, 147, 402)... Все упомянутые нормы-ограничения частного оборота, которые П.И. Стучка при принятии ГК назвал «статьями принципиально советского характера», и были по существу тем новым шагом в гражданском праве, который сделала первая его кодификация» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[1] «Дарение было отменено специальным декретом в 1918 г., чтобы ограничить источники возникновения права частной собственности. Вновь допуская дарение, ГК стремился поставить этот договор под контроль государства». Этим обусловливались требования к форме договора дарения и предельной сумме подаренного (цит. по: *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 91).

[2] «Считаю абсолютно необходимым, чтобы мы имели в этом законе полную гарантию прав нашего государства не только на полную ревизию и контроль, но и на расторжение по серьезным государственным основаниям [договоров частных предпринимателей]» (письмо В.И. Ленина Д.И. Курскому от 15 февраля 1922 г. (цит. по: *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 34); *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010; «Не перенимать... старое, буржуазное понятие о гражданском праве, а создавать новое... Вырабатывать новое гражданское право, новое отношение к «частным» договорам и т.п. Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. Мы допускаем капитализм только государственный, а государство – это мы... Отсюда – расширить применение государственного вмешательства в «частноправовые» отношения; расширить право государства отменять «частные» договоры; применять не *corpus juris romani* к «гражданским правоотношениям», а наше революционное правосознание...» (письмо В.И. Ленина Д.И. Курскому от 20 февраля 1922 г. (цит. по: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010); «Полностью обеспечить интересы пролетарского государства с точки зрения возможности контролировать (последующий контроль) все без изъятия частные предприятия и отменять все договоры и частные сделки, противоречащие как букве закона, так и интересам трудящейся рабочей и крестьянской массы» (письмо В.И. Ленина к членам Политбюро ЦК от 22 февраля 1922 г., вызванное необходимостью переработки проекта Положения об обязательствах, потерявшего главную норму о недействительности сделок в ущерб государству на заседании СНК 21 февраля 1922 г. (цит. по: *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 36; *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права

дений и согласований первоначально разработанного проекта. Редко когда случается, что прохождение административных процедур улучшает качество нормативного материала. Тем более, когда над правом начинает доминировать политика, которую, вообще говоря, только право может и должно удерживать от произвола. Вероятно, так произошло и в этом случае.

По материалам подготовки Кодекса, которые описывает Т.Е. Новицкая, видно, что те юристы, которые первоначально занимались его разработкой, создавали, может быть, что-то и менее грандиозное, чем проект Гражданского уложения, но едва ли вносили в него нелепости[1]. Почему-то это вызывало раздражение у тех, кто держал политическую повестку: основная причина нападок, в частности, на работу Межведомственной комиссии при НКЮ (во главе с профессором В.А. Краснокутским), первоначально призванной разработать Кодекс, сводилась к слабому выражению проектом классовой направленности и отношению к гражданскому праву как к частному, а не как к публичному[2]. Создавался классический кодекс гражданского права, о чем красноречиво свидетельствовали аргументы А.Г. Гойхбарга: «...эти юристы, в количестве около 10-ти, собрались и выработали начало

(1922–2006); «не выпустить из своих рук ни малейшей возможности расширить вмешательство государства в «гражданские» отношения» (письмо В.И. Ленина Д.И. Курскому от 28 февраля 1922 г. (цит. по: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[1] На такой консервативный характер указывали сами участники событий. В частности, когда проект Кодекса Межведомственной комиссии при НКЮ, созданного по инициативе А.Г. Гойхбарга, представлялся на обсуждение Коллегии НКЮ, А.Г. Гойхбарг направил председателю Комиссии В.А. Краснокутскому служебную записку следующего содержания: «Из представленной мне общей части проекта Кодекса усматриваю (с чем согласилась и Коллегия НКЮ) полное нежелание считаться как с существующими законами, так и с основным положением об имущественные правах последней сессии ВЦИК. Обращая внимание Комиссии на это обстоятельство, вынужден предупредить, что продолжение работы в этом направлении может сделать бесплодной всю работу Комиссии». Выступая на IV сессии ВЦИК, А.Г. Гойхбарг отмечал, что принятие проекта Комиссии Коллегией НКЮ «могло бы на нее навлечь известные статьи Уголовного кодекса» (цит. по: *Новицкая Т.Е.* Неизвестные страницы истории создания Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. // Советское государство и право. 1990. № 10; *Она же.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 48).

[2] «Работая изолированно, без привлечения юристов-коммунистов, юристы старой школы смогли вложить в проект лишь прекрасное знание современной цивилистической мысли. Отбросить же представление о том, что гражданское право – не частное, они так и не смогли» (*Новицкая Т.Е.* Неизвестные страницы истории создания Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. // Советское государство и право. 1990. № 10; *Она же.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 41–43, 44, 48).

проекта, в котором оказалось, что всякий буржуй может найти ответ на все вопросы, которые его интересуют, но не было почти намека на то, что произошло у нас пять лет тому назад и что, я надеюсь, не исчезло из жизни. Там было только слабое упоминание о том, что земля является общенародным достоянием, даже не собственностью государства, а общенародным достоянием, а затем все остальное относительно промышленности, железных дорог, недр земли и крупнейших наших командных высот, в том числе монополии внешней торговли, все это, как некий сон, промелькнуло перед ними и исчезло»[1]. Любопытно, что это не помешало впоследствии А.Г. Гойхбаргу взять многое из их наработок за основу окончательной редакции, которую ему удалось представить в феноменально короткие сроки[2].

Так ГК РСФСР 1922 г. становится точкой отсчета, с которой договорное право, казалось бы, уж самое частное из частного, перестает быть таковым, а правовая традиция, несмотря на то что, казалось бы, те же самые положения продолжают еще встречаться и в последующих актах, чем дальше, тем меньше становится узнаваемой.

Уже поистине советский Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. – вершина кодификационных работ середины века – вышел из союзных Основ гражданского законодательства 1961 г. и проектов Гражданского кодекса СССР 1939–1951 гг.[3], не принятых, но существенно повлиявших на последующие этапы[4], заложенные при разработке ГК РСФСР 1922 г. За более чем сорок лет действия первого после-

[1] Речь А.Г. Гойхбарга на IV сессии ВЦИК (цит. по: *Новицкая Т.Е.* Неизвестные страницы истории создания Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. // Советское государство и право. 1990. № 10).

[2] *Новицкая Т.Е.* Неизвестные страницы истории создания Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. // Советское государство и право. 1990. № 10; *Она же.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. С. 47, 49, 83.

[3] Здесь и далее при упоминании проекта ГК СССР имеется в виду и используется проект 1951 г.

[4] А.Л. Маковский пишет: «Влияние проектов ГК СССР на последующие кодификационные работы остается незамеченным. Между тем круг ведущих цивилистов, участвовавших в подготовке этих проектов и проекта Основ 1961 г., в значительной мере совпадал. Использование отдельных положений последних проектов ГК СССР в проекте ГК РСФСР 1964 г. я могу засвидетельствовать. Кроме того, необходимость сформулировать в проекте ГК СССР новые принципиальные положения советского гражданского права (прежде всего о правовом положении государственных предприятий, о режиме государственной собственности, соотношении плана и договора) подтолкнула участников этой работы к теоретическому обоснованию этих положений в своих трудах» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

революционного Кодекса[1] они обрастают серьезной теоретической базой и теперь не только воспроизводятся вновь, но и находят свое дальнейшее развитие, связанное с новым экономическим укладом, в котором господствует план[2].

Благодаря этому развитию договорное право обогащается соглашениями, в которых стороны не решают по своей воле, стоит ли в них вступать (ч. 1 ст. 189 проекта ГК СССР, в Основах 1961 г. и ГК РСФСР 1964 г. аналогичное правило отражено уже косвенно), как определять их условия (ч. 2 ст. 189 в совокупности со ст. 190, 192, 284, 338 проекта ГК СССР, ч. 2–4 ст. 34, ч. 1 ст. 40 Основ, ст. 159, ч. 2 ст. 165, ст. 166, ч. 1 ст. 240, ч. 3 ст. 255 ГК и др.), каким должно быть их исполнение (ч. 4 ст. 190, ч. 3 ст. 198 проекта ГК СССР, ч. 3 ст. 33, ч. 1 ст. 38 Основ, ст. 168, ч. 1 ст. 171, ч. 1 ст. 174 ГК), какими должны быть меры ответственности за их нарушение (ст. 208, 241 проекта ГК СССР, ч. 5–6 ст. 36 Основ, ч. 2 ст. 190, ст. 191, ч. 2 ст. 220, ст. 221 ГК), возможно ли изменение или прекращение договорных отношений (ч. 3 ст. 190, 279–280 проекта ГК СССР, ч. 2 ст. 233, ст. 234 ГК)[3]. Они называются договорами, хотя стороны здесь ни о чем не договариваются – ни о заключении, ни о содержании, ни об исполнении и последствиях неис-

[1] Впрочем, чем ближе к моменту разработки ГК РСФСР 1964 г., тем больше высказывалось сомнений, что действовавший в то время ГК РСФСР 1922 г. действительно «действовал» (см., в частности: *Братусь С.Н.* Некоторые вопросы проекта ГК СССР // Советское государство и право. 1948. № 12. С. 11; *Флейшиц Е.А., Маковский А.Л.* О Гражданском кодексе РСФСР // Советское государство и право. 1964. № 8. С. 14–23).

[2] Такой уклад был практически неизбежным при тех задачах, которые были поставлены: «После того как экспроприация экспроприаторов была проведена, стало ясно, что при одном собственнике всего и вся в лице государства и при реально имеющемся, а не идеализированном уровне общественного сознания задача «планомерного производства и распределения продуктов» может быть решена созданием *только такой экономики, основной движущей силой которой является не интерес, а административный приказ* в виде соответствующего плана с допущением одновременно интереса (в деньгах, прибыли, льготах и т.п.) лишь в качестве вспомогательной силы для реализации этого плана. Административный приказ без интереса продемонстрировал полную неэффективность еще во времена военного коммунизма, а недостаточно ограниченный интерес, как показал нэп, вел к возрождению капиталистической собственности, в том числе за счет новой государственной собственности» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[3] Среди выделяемых, например, проектом ГК СССР договорных типов можно найти конкретные примеры, реализующие эти идеи: договор поставки (ст. 311–335 проекта ГК СССР), договор подряда на капитальное строительство (ст. 442–453 проекта ГК СССР), главу об оформлении кредитно-расчетных отношений между государственными организациями, колхозами, кооперативными и иными общественными организациями (ст. 555–574 проекта ГК СССР) и др.

полнения, ни об изменении или прекращении договора. Пренебрежение автономией воли в этих отношениях сопровождается наполнением их карательными элементами, не согласующимися с компенсационной направленностью частного права (ср., в частности, ст. 237, 240–241 проекта ГК СССР, ч. 3 и ч. 6 ст. 36 Основ 1961 г., ч. 2 ст. 189 и ст. 191 ГК РСФСР 1964 г.). Участвуют в этих отношениях очень специфические субъекты, некорректно называемые «юридическими лицами»[1].

Поскольку такие соглашения, даже если они составляют основу хозяйственного оборота[2], не могут исчерпать потребностей всех иных субъектов, прежде всего граждан, договорное право продолжает оставаться преемником уже сложившейся правовой традиции в части, не связанной с выполнением плана[3]. Но учитывая, что начиная с ГК РСФСР 1922 г. эта традиция была подкорректирована в угоду политической повестке, ГК РСФСР 1964 г. и его предшественники – союзные Основы и проекты ГК СССР воспроизводят те же корректировки: любая сделка по-прежнему может быть признана недействительной, если она может быть квалифицирована как направленная к ущербу для государства (ч. 1 ст. 64 проекта ГК СССР, ч. 6 ст. 14 Основ, ст. 49 ГК); возврат полученного по-прежнему осуществляется в пользу государства не только при недействительности сделок этой (ч. 1 ст. 65 проекта ГК СССР, ч. 6 ст. 14 Основ, ст. 49 ГК)[4], но и иных категорий, например, совершенных с пороками воли – под влиянием обмана, насилия или угрозы (ст. 66–67 проекта ГК СССР, ст. 58 ГК); по-прежнему

[1] Ср., в частности, ст. 24 проекта ГК СССР: государственные организации (государственные учреждения, хозяйственные организации и предприятия), колхозы, кооперативные и иные общественные организации. В союзных Основах 1961 г. с некоторыми корректировками они были помещены в ст. 11, а в ГК РСФСР 1964 г. – в ст. 24.

[2] Докладывая в октябре 1964 г. о новых гражданских кодексах союзных республик, А.Л. Маковский отмечал, что «лишь немногие из новых для гражданских кодексов видов и разновидностей обязательств рассчитаны на отношения отдельных граждан между собой... В этом получила отражение истинная структура имущественного оборота нашего общества сегодня, оборота, в котором обязательственные отношения между гражданами не играют существенной роли» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010 ).

[3] Об этой преемственности прямо говорили и разработчики: *Флейшиц Е.А., Маковский А.Л.* О Гражданском кодексе РСФСР // Советское государство и право. 1964. № 8. С. 14–23; *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010 .

[4] Хотя здесь уже появляется возможность в исключительных случаях освободиться от данных последствий, если стороны или одна из сторон действовали под влиянием заблуждения (ч. 3 ст. 65 проекта ГК СССР), чуть позднее – если стороны или одна из них не имели умысла (ч. 6 ст. 14 Основ, ст. 49 ГК).

сохраняется отмеченная ранее подмена смыслов в признании недействительными невыгодных сделок (ст. 66 проекта ГК СССР, ст. 58 ГК); по-прежнему ограничивается оборотоспособность ряда объектов (ст. 81, 125–143, 155, 292 проекта ГК СССР, ст. 21–22, 25 Основ, ст. 95, ч. 2 ст. 137, ст. 106–108, 238 ГК и др.); исключается возможность использования наемного труда при исполнении договора подряда (ст. 420 проекта ГК СССР, ст. 351 ГК) и т.д.

Среди основных начал договорного, обязательственного или вообще гражданского права по-прежнему не находят места классические принципы договорного права – свободы договора, добросовестности и др., а из содержания конкретных норм вытекает любопытная их комбинация – укрепление обязательной силы договора[1] в условиях одновременного закрепощения свободы договора[2]. Отсутствие в общих положениях классических принципов договорного права по-прежнему восполняется указанием, что защита прав осуществляется при соответствии их осуществления «интересам социалистического общества» (ст. 9 проекта ГК СССР) или, чуть позднее, «назначению этих прав в социалистическом обществе в период строительства коммунизма» (ст. 5 Основ, ст. 5 ГК).

Договорное право, таким образом, перестает быть единым. Неудивительно, что общие положения о договоре более не выделяются. Так, внутренним преобразованиям, которые было вынужденно претерпеть договорное право, начинает соответствовать и внешняя, видимая сторона: и в структуре ГК РСФСР 1964 г., и в структуре предшествовавших ему союзных Основах и проектах ГК СССР Общая часть договорного права отсутствует – теперь в центре внимания находится обязательство как таковое, а перечень источников обязательства, как правило, возглавляет план, вытесняя договор на второе место (ср., в частности,

[1] В системе способов защиты при нарушении договора на первое место ставится понуждение к исполнению обязательства в натуре; специально предусматривается запрет одностороннего отказа от исполнения договора и одностороннего изменения его условий и т.д. (ст. 196, 207–208, 218 проекта ГК СССР, ст. 6, ч. 3–4 ст. 33 Основ, ст. 6, ч. 1 ст. 168, 169 ГК).

[2] Оно заметно не только из ограничений, связанных, к примеру, с содержанием некоторых договоров (дозволение исполнения договора подряда только личным трудом и т.д.), но также и из отношения законодателя к непоименованным договорным типам. В частности, ст. 187 проекта ГК СССР, хотя и предусматривает, что обязательства могут возникать из договоров и иных сделок, не предусмотренных Кодексом, тут же делает оговорку: «...если они не противоречат закону, плану и правилам социалистического общежития и не направлены к ущербу для государства» (ст. 187 проекта ГК СССР). Позже, к счастью, данная оговорка была уже скорректирована (ч. 2 ст. 4 Основ, ч. 2 ст. 4 ГК).

ст. 186 проекта ГК СССР, ч. 2 ст. 1 Основ, ч. 2 ст. 1 ГК, отчасти ч. 3 ст. 33 Основ и ч. 1 ст. 168 ГК).

Все это, однако, не означает, что вторая кодификация советского права «была проведена примитивно или непрофессионально». Как справедливо пишет А.Л. Маковский, «та задача, которая стояла тогда перед кодификаторами, была выполнена не только тщательно, но и с высоким чувством долга и ответственности перед своим народом, в постоянном поиске и отстаивании «лучшего из возможного» – допустимых в пределах того общественного строя, наиболее гуманных и справедливых решений»[1]. Допустив содержательное разделение договорного права на части – на правила для квазиюридических лиц и правила для всех иных субъектов, разработчики действительно позволили войти в область договорного права отношениям, чуждым его основам. Но это неизбежное и, казалось бы, неверное тактическое решение было оправданным стратегически: оно позволило, с одной стороны, отделить и потому хотя бы частично спасти последнюю часть, а с другой стороны, заложить фундамент для дальнейшего гражданско-правового регулирования первой, которое было бы более затруднительным, если бы отношения между юридическими лицами, в тот момент – пока только такими, вовсе ушли из сферы частного права.

Между тем даже внутри такого небольшого периода середины столетия заметна некоторая динамика. Если посмотреть на принятые акты в хронологический последовательности, то видно, как проходя от проекта ГК СССР 1951 г. через союзные Основы 1961 г. к ГК РСФСР 1964 г., договор все больше отвоевывает свое подлинное место, а нормы с чуждым частному праву содержанием все чаще подвергаются корректировкам[2]. Даже структурно в более поздних

[1] И чуть ранее: «Этот социально-экономический строй возник и вполне оформился *впервые* в истории, существовал в течение нескольких десятилетий и вместе с этим строем появилось и *его новое право*, в том числе гражданское. Упрощенность и даже примитивность содержания этого нового права, так определенно отразившаяся в итоговых актах второй кодификации... не следствие скудости мысли создателей этих законов, а закономерное проявление черт, имманентных гражданскому праву «реального коммунизма»» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[2] Соответствие «интересам социалистического общества» как условие осуществления прав, необходимое для получения ими охраны законом (ст. 9 проекта ГК СССР), заменяется соответствием «назначению прав в социалистическом обществе в период строительства коммунизма» (ст. 5 Основ, ст. 5 ГК); направленность «к явному ущербу для государства» как основание недействительности сделок (ч. 1 ст. 64 проекта ГК СССР), толковавшееся достаточно широко, заменяется их «совершением с целью, заведомо противной интересам социалистического государства и общества» (ч. 6 ст. 14 Основ,

актах договор иногда перемещается вперед и опережает план (ч. 2 ст. 4, ч. 2 ст. 33 Основ, ч. 2 ст. 4, ч. 2 ст. 158 ГК), хотя это происходит не всегда (ч. 3 ст. 33 Основ, ч. 1 ст. 168 ГК). Конечно, предопределенность некоторых договорных отношений планом сохраняется, но чем дальше, тем больше они отделяются от всех прочих не указанием на участвующих в них субъектов, которое создавало внутреннюю раздробленность договорного права, для разных субъектов действовавшего по-разному, а указанием на связь тех или иных отношений с планом. Особые правила при наличии таковой оговариваются как исключения, поэтому читатель, открывающий Основы или ГК, видит перед собой прежде всего регулирование всех остальных отношений и лишь затем – отношений, предопределенных планом. Как более поздние тексты, Основы и ГК также чуть более системны и точнее проработаны с точки зрения юридической техники[1].

ст. 49 ГК); ограничение возврата полученного по таким сделкам в пользу государства, а не самих сторон, затрагивает сначала ситуации, в которых стороны или одна из сторон действовали под влиянием заблуждения (ч. 3 ст. 65 проекта ГК СССР), затем – ситуации, в которых не было умысла (ч. 6 ст. 14 Основ, ст. 49 ГК); пределы свободы договора, связанные с дозволением заключения непоименованных в законе типов договоров, корректируются от их допущения при условии, что «они не противоречат закону, плану и правилам социалистического общежития и не направлены к ущербу для государства» (ст. 187 проекта ГК СССР) к их допущению при условии, что они «не противоречат закону» (ч. 2 ст. 4 Основ, ч. 2 ст. 4 ГК); во всех трех актах более не встречается запрет дарения; установление предельного размера жилого дома, который может принадлежать гражданину на праве личной собственности (ст. 25 Основ), дополняется предоставлением гражданам, имеющим большую семью либо право на дополнительную площадь, возможности построить, приобрести или сохранить в собственности дом большего размера (ст. 106 ГК); из числа классических *emptio-venditio, locatio-conductio* и др. исчезают некоторые необычные договорные типы, выделявшиеся отдельно, например, договор машинно-тракторной станции с колхозом, которому в проекте ГК СССР было посвящено целых десять статей (ст. 454–464 проекта ГК СССР), и договор о строительстве и эксплуатации межколхозной электростанции (электроустановки), которому там было посвящено двенадцать статей (ст. 599–611 проекта ГК СССР), и т.д.

[1] Примеры движения в обратном направлении тоже встречаются, но гораздо реже. Так, если проект ГК СССР, обсуждая основания недействительности договора, называл более полный их перечень, союзные Основы ограничились только тремя – несоответствием требованиям закона, несоблюдением формы, совершением с целью, заведомо противной интересам социалистического государства и общества (ст. 14 Основ). Никаких других причин недействительности, в частности, пороков воли, не упоминалось, словно их вовсе не существует, и только в ГК ситуация исправилась (а также в следующих союзных Основах 1991 г., в ч. 4 ст. 30). Или, к примеру, последствия несоблюдения формы договора в проекте ГК СССР еще были более или менее скоординированы (ст. 60, 191 проекта ГК СССР), тогда как последующие акты вернулись к путанице, начавшейся с ГК РСФСР 1922 г. (ч. 4 ст. 14, ч. 1 ст. 34 Основ, ч. 1 ст. 160 и 161, ст. 45–47 ГК).

В последующем это движение продолжается и уже в конце 1980-х гг. договорное право начинает освобождаться и от элементов, сопровождавших оформление плановой экономики. Весной 1991 г. принимаются новые союзные Основы гражданского законодательства, начавшие действовать, однако уже в другом государстве, а с 1994 г. – Гражданский кодекс Российской Федерации[1]. На протяжении пятнадцати лет[2] он готовится в Исследовательском центре частного права[3] ведущими цивилистами (Г.Е. Авиловым, М.И. Брагинским, В.В. Витрянским, В.А. Дозорцевым, Г.Д. Голубовым, Ю.Х. Калмыковым, О.М. Козырь, А.С. Комаровым, А.Л. Маковским, Е.А. Сухановым, С.А. Хохловым, В.Ф. Яковлевым и др.)[4] и, часть за частью вступая в силу, завершает этот закономерный поворот в истории отечественного договорного и вообще частного права.

Сложно поверить, но за такой короткий по историческим меркам срок, после столетнего забвения, в довольно непростых условиях[5] создается регулирование, может быть, иногда еще и требовавшее то-

[1] «Хотя Основы и ГК – это кодексы не просто разных государств, а государств-антиподов, одно из которых возникло на развалинах другого, связывающие эти законы «родственные узы» намного теснее, чем между теми же Основами и тоже советским ГК 1964 г.: в новых Основах и ГК кодифицировано гражданское право, которое должно регулировать рыночную, а не планово-административную экономику», «немалую роль в их родстве сыграло то обстоятельство, что проекты Основ 1991 г. и нового ГК делали в основном одни и те же люди» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[2] Работы над Гражданским кодексом «начались еще в конце 1992 г. и первоначально шли параллельно с работой над российской Конституцией 1993 г.» (*Медведев Д.А.* Новый Гражданский кодекс Российской Федерации: вопросы кодификации // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008).

[3] Исследовательский центр частного права при Президенте Российской Федерации (http://privlaw.ru/). Сегодня он носит имя выдающегося цивилиста и теоретика права С.С. Алексеева, своего основателя и первого руководителя.

[4] См. подробнее: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010; *Суханов Е.А.* Проблемы реформирования Гражданского кодекса России: избр. тр. 2008–2012 гг. М.: Статут, 2013.

[5] Вот как описывают процесс работы сами участники: «Россия... старалась «перепрыгнуть» из жестко регулируемой экономики в экономику свободного рынка. Прежнее гражданское право, в основе которого лежали государственная собственность и государственный план, отмирало на глазах, а создававшиеся в спешке новые «революционные» законы... появлялись на свет с серьезнейшими изъянами и прорехами. Большие надежды возлагались на новый Гражданский кодекс, над подготовкой которого группа моих товарищей к тому времени работала уже год. Успех дела зависел от решения двух главных задач – от того, удастся ли найти в Кодексе верное решение вечных проблем гражданского права и создать надежный и детальный цивилистический инструментарий для регулирования отношений, которые в то время в России еще только зарожда-

чечной настройки, но твердо стоявшее на фундаменте основных начал частного права и соответствовавшее нуждам только формировавшегося тогда оборота. Кодекс, как справедливо пишет В.Ф. Яковлев, становится «самой крупной и полной кодификацией гражданского законодательства в истории России»[1].

Как и на протяжении всей истории российского права, договорное право помещается разработчиками одновременно и в учение об обязательствах (ст. 307–453 ГК, см. также ст. 57–73 Основ), и в учение о сделках (ст. 153–181 ГК, см. также ст. 26–30 Основ). Но теперь договор снова занимает первое место и в системе источников обязательства (ч. 2 ст. 307, ст. 309, абз. 1 ч. 1 ст. 2 ГК, см. также абз. 2 ч. 1, абз. 1 ч. 2 ст. 57 Основ,), и в системе сделок (ст. 154, подп. 1 ч. 1 ст. 8 ГК, см. также абз. 1 ч. 2 ст. 3 Основ), и в системе оснований возникновения гражданских прав и обязанностей (ч. 1 ст. 8 ГК, см. также ч. 2 ст. 3 Основ), тогда как акты планирования более не упоминаются ни как самостоятельное основание возникновения прав и обязанностей, ни как фактор, предопределяющий те или иные этапы существования договорных обязательств[2].

Возвращаются общие положения о договоре, в которых на редкость для кодификаций договору даже дается определение[3]. Это происходит второй раз за всю историю и говорит о значимости данного шага для разработчиков[4].

---

лись. Все это приходилось делать в постоянном цейтноте» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[1] *Яковлев В.Ф.* Гражданский кодекс Российской Федерации: развитие общих положений гражданского права // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008; *Он же.* Модернизация Гражданского кодекса Российской Федерации – развитие основных положений гражданского права // Там же.

[2] В.Ф. Яковлев относит это изменение к наиболее крупным: «Наиболее крупным изменением в системе источников регулирования гражданских отношений с принятием действующего Гражданского кодекса является превращение договора в основной регулятор гражданских отношений. Это связано с тем, что в условиях преобладания в экономике частной собственности и свободного товарно-денежного оборота государство уже не может вмешиваться в частные дела и предписывать сторонам конкретные условия, определяющие их права и обязанности. Поэтому ушли в прошлое нормативные акты и акты индивидуального регулирования, которыми государство ранее определяло содержание договоров и обязательств между юридическими лицами, а также между ними и гражданами. Все это централизованное регулирование заменено договорным» (см.: Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008).

[3] «Соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей» (ч. 1 ст. 420 ГК).

[4] Прежде такое определение давал только проект Гражданского уложения (главным образом, проект книги V в редакции 1899 г., в ст. 4, но также и проект книги I в редак-

Описанные структурные изменения совпадают с содержательными преобразованиями самой материи договорного права, которые без преувеличения можно назвать ее «капитальным ремонтом»[1], позволившим договорному праву, наконец, сбросить оковы, прежде его связывавшие, с одной стороны, и вобрать то, чего ему не хватало, – с другой.

Трансформация содержания договорного права начинается уже с изменения общих ориентиров, предопределяющих частное право как таковое.

Идея автономии воли теперь открывает весь текст Кодекса и находит свое продолжение во многих нормах его Общей части (в частности, в ст. 1, ч. 1 ст. 2, ч. 1 и п. 1 ч. 2 ст. 8 ГК, ч. 1 ст. 9 ГК, см. также ч. 1 ст. 5, ч. 1 и абз. 1 ч. 2 ст. 3 Основ)[2]. В договорном праве она реализуется главным образом в статье о свободе договора, подробнее которой российское право не знало ранее: «...граждане и юридические лица свободны в заключении договора», «понуждение к заключению договора не допускается», «стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами», «стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров», «условия договора определяются по усмотрению сторон» (ст. 421 ГК), а также в ряде иных норм, значение которых можно по-настоящему понять, лишь зная их предысторию[3]. Уже

ции 1895 г., в вариантах к ст. 182; проект Гражданского уложения в редакции 1905 г. частично сохранил данное определение лишь в учении о сделках, в ст. 56). В последующих кодификациях понятие договора как «соглашения» (предполагающее в своей основе согласование воль) перестало раскрываться как в учении об обязательствах, так даже в учении о сделках (ср. ст. 26 ГК РСФСР 1922 г., ст. 55 проекта ГК СССР 1951 г., ст. 14 советских Основ 1961 г., ст. 41 ГК РСФСР 1964 г.).

[1] Такое название этим законотворческим процессам справедливо дает, в частности, А.Л. Маковский (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[2] Об их значении подробно пишут разработчики: «В наиболее общих нормах ГК можно найти целый «букет» положений, провозглашающих право граждан и юридических лиц свободно, по собственному усмотрению приобретать и осуществлять гражданские права, принимать на себя гражданские обязанности, запрещающих препятствовать осуществлению гражданских прав и вмешиваться в частные дела... Число этих норм и заметная в них тавтология могут удивить, если не знать, что они появились в ГК как реакция на жесткие ограничения в недалеком прошлом... Только отправляясь от этого прошлого, можно верно оценить главное содержание нового ГК и его принципиальное отличие от прежних советских кодексов» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010).

[3] Таких норм очень много. В качестве некоторых примеров можно привести, в частности, правила том, что стороны «могут» принять меры к устранению разногласий относительно условий договора, могут передать эти разногласия на рассмотрение суда

само их появление, даже если сегодня неподготовленному читателю они могут показаться очевидными, свидетельствует о том, насколько важным тогда было показать эти акценты.

Такое торжество автономии воли, чтобы она не превращалась в другую крайность, в произвол, разумеется, встречает некоторые ограничения. По правилам ГК осуществление гражданских прав, хотя и происходит «по своему усмотрению» (ст. 9, ч. 2 ст. 1 ГК, см. также ч. 1 ст. 5 Основ), не должно выходить за установленные пределы, прежде всего не должно оборачиваться в злоупотребление правом (ст. 10 ГК, см. также ч. 2 ст. 5 Основ[1]). Здесь разработчики опираются на теорию пределов осуществления прав, уже подробно разработанную к тому времени, главным образом трудами В.П. Грибанова[2]. Устанавливая эти пределы, они исходят из лучших представлений об обороте, ориентируя

исключительно в случаях, «предусмотренных соглашением сторон или законодательством» (ч. 7 ст. 58 Основ, позднее – ст. 443, 445–446 ГК), о том, что «исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон» и только в предусмотренных законом случаях цена «определяется соглашением сторон с соблюдением цен (тарифов, расценок и т.п.), устанавливаемых или регулируемых уполномоченными на то государственными органами», изменение цены после заключения договора также «допускается лишь в случаях и на условиях, предусмотренных договором и законодательными актами» (ст. 65 Основ, позднее – ст. 424 ГК) и т.д. Как указывает В.Ф. Яковлев, «эта свобода особенно ощутима после многолетнего централизованного регулирования товарно-денежного оборота, когда в договорах между государственными организациями в административно-плановом порядке определялись состав сторон договора, его предмет, цена товара. В отношениях между предприятиями торговли и гражданами цена также определялась централизованно» (см.: Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008).

[1] В Основах данные пределы формулируются, еще отталкиваясь от прежних ориентиров, но тоже преобразуются: осуществление прав реализуется «по своему усмотрению» (ч. 1 ст. 5 Основ 1991 г.), но при этом оно «не должно нарушать прав и охраняемых законодательством интересов других лиц» (абз. 1 ч. 2 ст. 5 Основ 1991 г., вместо «уважения правил социалистического общежития» в ч. 2 ст. 5 Основ 1961 г. и в ч. 2 ст. 5 ГК РСФСР 1964 г.), должно сопровождаться «уважением моральных принципов общества и правил деловой этики» (абз. 2 ч. 2 ст. 5 Основ 1991 г., вместо «уважения моральных принципов общества, строящего коммунизм» в ч. 2 ст. 5 Основ 1961 г. и в ч. 2 ст. 5 ГК РСФСР 1964 г.) и должно соответствовать «назначению этих прав» (абз. 3 ч. 2 ст. 5 Основ 1991 г., вместо «назначения этих прав в социалистическом обществе в период строительства коммунизма» в ч. 1 ст. 5 Основ 1961 г. и в ч. 1 ст. 5 ГК РСФСР 1964 г.). Гражданский кодекс, таким образом, делает следующий шаг в этом постоянном поиске лучших способов описать начала, которым должно соответствовать поведение участников оборота.

[2] См., в частности: *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1972; *Он же*. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд. М.: Статут, 2001.

и самих участников на высокий стандарт поведения установлением презумпции их добросовестности (ч. 3 ст. 10 ГК, см. также ч. 3 ст. 6 Основ).[1]

Поскольку добросовестность как поведенческое измерение справедливости неотделима от понимания самой справедливости, где с ориентиром «равное к равному» связывается и обратная сторона («неравное к неравному»), в сфере осуществления договорной свободы особая группа таких пределов сопрягается с защитой потребителей. Видя в потребителе экономически более слабую позицию[2], Кодекс наделяет ее некоторыми дополнительными возможностями: появляются, в частности, публичные договоры, устанавливающие обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые коммерческие организации по характеру своей деятельности должны осуществлять в отношении каждого, кто к ним обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т.п.), и исключающие по общему правилу возможность коммерческих организаций оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении их заключения или условий (ст. 426 ГК); правила о заключении договора в обязательном порядке при необоснованном уклонении ком-

[1] Ср.: «участники гражданских правоотношений предполагаются добросовестными, поскольку не доказано обратное» (ч. 3 ст. 6 Основ), чуть позднее – «в случаях, когда закон ставит защиту гражданских прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно, разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагаются, разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагаются» (ч. 3 ст. 10 ГК). Еще чуть позднее Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации предложит прямо закрепить принцип добросовестности среди основных начал гражданского законодательства (раздел I Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации (проект рекомендован президиумом Совета к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 2 от 11 марта 2009 г.)) (текст доступен на сайте Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ: http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/)).

[2] В договорных отношениях потребителей часто называют «слабой стороной», хотя, казалось бы, они должны быть «сильной», поскольку в рыночной экономике их спросом должно определяться предложение. Но если столетием ранее защита «слабой стороны» была нужна, прежде всего в связи с освобождением от сословных пут и вовлечением в оборот большого количества участников, многие из которых нуждались в такой поддержке, то сейчас поводом, по-видимому, послужило кардинальное изменение экономического уклада. Отказ от государственного патернализма и, значит, очень условного существования свободы договора означал возможность все тех же злоупотреблений экономической силой.

мерческих организаций от заключения публичного договора и в иных случаях, когда в силу закона заключение договора обязательно (ст. 445 ГК), а также возможность определения судом условий договора, по которым у сторон имеются разногласия, при передаче этих разногласий на рассмотрение суда (ст. 446 ГК); разработанные для определенных договорных типов и опубликованные в печати примерные условия договора, которые могут предопределять содержание отдельных его условий в случае прямой отсылки к ним или при ее отсутствии применяться к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота (ст. 427 ГК); договоры присоединения, предполагающие защиту присоединившейся стороны, когда договор лишает ее прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность контрагента либо содержит другие явно обременительные условия, которые исходя из своих разумно понимаемых интересов сторона не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора (ст. 428 ГК); ничтожность соглашений об ограничении размера ответственности должника не только в случае заключения договора присоединения, но и иных договоров, в которых кредитором является гражданин, выступающий в качестве потребителя, если размер ответственности определен законом и соглашение заключено до наступления обстоятельств, влекущих ответственность (ч. 2 ст. 400 ГК). Не исключает Кодекс возможности и иных отступлений от принципа свободного распоряжения своими правами, даже если они предопределены не требованиями к стандарту поведения сторон, как, в частности, при поддержке потребителей как более слабой стороны, а какими-то иными причинами, но оставляет ее только в порядке исключения, только на основании закона и только в связи с обозначенными в нем целями (ср. ст. 1, абз. 2 ч. 1, абз. 1 ч. 4 ст. 421, ч. 1 ст. 422 ГК).

Так свобода договора, конкретизирующая содержание автономии воли, добросовестность поведения его сторон, формирующая пределы осуществления договорной свободы, а также другие принципы – относительности договорной связи, обязательной силы договора и др., приходят на смену осуществлению прав в соответствии с их «назначением в социалистическом обществе в период строительства коммунизма» (ст. 5 Основ 1961 г., ст. 5 ГК РСФСР 1964 г.), с «интересами социалистического общества» (ст. 9 проекта ГК СССР 1951 г.) или с «социально-хозяйственным назначением» (ст. 1 ГК РСФСР 1922 г.), а договорное право возвращается к началам, заложенным еще дореволюционными юристами.

Изменение главных начал влечет, конечно, и дальнейшую корректировку конкретных институтов и норм договорного права: Кодекс пополняется новыми правовыми институтами и нормами, его регулирование значительно детализируется, увеличивается разнообразие используемых для этого механизмов и средств. Этот процесс постепенно восполняет происходящие расчистку или преобразование правил, обусловливавшихся устоями прежней системы[1].

В данной части изменения многочисленны. Не считая того, что уходит предопределенность содержания ряда договорных отношений планом, а многие виды имущества, являвшиеся ранее полностью или в основном предметом государственного властного распределения (земля, жилье и др.), попадают в сферу гражданского оборота, происходят иные, быть может, менее заметные, но не менее значимые преобразования: после векового забвения возвращаются правила толкования договора (ст. 431 ГК, см. также ст. 59 Основ) и, к примеру, прощение долга как основание прекращения обязательств (ст. 415 ГК), сделки в ущерб государству, рожденные ст. 30 ГК РСФСР 1922 г. и воспроизведенные ст. 64 проекта ГК СССР, а затем преобразованные в сделки «с целью, заведомо противной интересам социалистического государства и общества» (ст. 14 Основ 1961 г. и ст. 49 ГК РСФСР 1964 г.), приобретают политически нейтральную форму сделок, «совершенных с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности» (ст. 169 ГК)[2]; невыгодность сделки как основание для призна-

[1] *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010.

[2] Чуть ранее, по-видимому, предлагался вариант конструирования норм о сделках, совершенных с нарушением требований деловой этики, и о так называемых преступных сделках (публикация макета-схемы в журнале «Закон» (1992. № 1. С. 69–82), в ст. 94, 97; см. также ст. 19 и 20 первого варианта главы ГК «Сделки» Ю.К. Толстого (до обсуждения). С. 11; пояснительную записку к нему Ю.К. Толстого от 28 марта 1992 г. и мысли автора о трудностях, связанных с включением данных норм, С. 4; ст. 19 и 20 варианта гл. 3 ГК «Сделки» Ю.К. Толстого с замечаниями и правкой А.Л. Маковского. С. 11), но затем произошли трансформации, преобразовавшие эти основания недействительности сначала, в частности, в «недействительность сделок, совершенных с целью, заведомо противной интересам государства и общества» и, наконец, уже в «недействительность сделок, совершенных с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности» (варианты гл. 6 ГК «Сделки» А.Л. Маковского (доработка разделов I–III ГК РФ (май – июль 1993 г.)). Сохранившиеся материалы подготовки Кодекса опубликованы на сайте zakon.ru в сборнике: Законодательная история части первой ГК РФ (1991–1994 гг.) // Собрание материалов. Инициатор проекта: А.Л. Маковский. Реализация проекта: А.И. Муранов при содействии А.Л. Маковского, а также П.Д. Савкина, И.И. Илюшина, С.А. Терешковой, С.В. Гисс, А.О. Никитиной, А.С. Пашковой, Т.А. Петровой. 24 декабря 2019 г.

ния ее недействительной, наконец, поворачивается к классическим воззрениям, усматривавшим причину разрушения договорной связи не в целях самой по себе защиты от невыгодности, а в качестве реакции на отсутствие подлинного согласия, позволившее одной из сторон извлечь несправедливую выгоду (ст. 179, 428 ГК)[1]; освобождается от лишних ограничений возможность привлечения к исполнению договора третьих лиц – сначала посредством расширения исключительных случаев, когда она допускается (ст. 62 Основ), затем – как общее правило (ст. 313 ГК)[2], при этом в таких сложносоставных отношениях начинает вновь соблюдаться принцип относительности обязательств (менее ясно в ч. 3 ст. 62 Основ и более выражено в ст. 402–403, ч. 3 ст. 308 ГК)[3]; претерпевает изменения система способов защиты при нарушении договора – на первое место в их структуре снова помещается возможность взыскания убытков, относительно которых теперь уточняется ряд деталей (ст. 393 ГК), и лишь затем для некоторых видов обязательств упоминается понуждение к исполнению обязательства в натуре (ст. 393–405, ч. 2 ст. 398 ГК, см. также ст. 70 Основ)[4]; возвращаются некоторые способы защиты при нарушении договора, в частности, возражение о неисполнении договора (*exceptio non ad impleti contractus*), соединившее теперь в себе «отказ от исполнения» (ст. 71 проекта книги V Гражданского уложения в ред. 1899 г., ст. 1610 проекта Гражданского уложения в ред. 1905 г.) и «отказ в удовлетворении до получения встречного удовлетворения» (ст. 139 ГК РСФСР 1922 г.) в формулу «приостановления исполнения либо отказа от ис-

[1] Ср.: ст. 58 ГК РСФСР 1964 г., ст. 66 проекта ГК СССР, ст. 33 ГК РСФСР 1922 г., ст. 60 и 64 проекта Гражданского уложения в ред. 1905 г., ст. 26–27, 31 проекта книги V Гражданского уложения в ред. 1899 г., ст. 210–211, 217 проекта книги I Гражданского уложения в ред. 1895 г.

[2] Ср., в частности: ст. 171 ГК РСФСР 1964 г., ст. 38 Основ 1961 г., ст. 198 проекта ГК СССР 1951 г., косвенно п. 2 ст. 119 ГК РСФСР 1922 г., ст. 1613–1615 проекта Гражданского уложения в ред. 1905 г., ст. 74–77 проекта книги V Гражданского уложения в ред. 1899 г.

[3] Ср., в частности, ст. 223 ГК РСФСР 1964 г., ст. 38 Основ 1961 г., ст. 212, 216, 218–219 проекта ГК СССР 1951 г., п. 2 ст. 119 ГК РСФСР 1922 г., ст. 1653 проекта Гражданского уложения в ред. 1905 г., ст. 114 проекта книги V Гражданского уложения в ред. 1899 г.

[4] Ср., в частности: ст. 217–226 ГК РСФСР 1964 г. (в Основах 1961 г. была иная система, ст. 36), ст. 207–219 проекта ГК СССР 1951 г., ст. 117–121 ГК РСФСР 1922 г., ст. 1650–1672 проекта Гражданского уложения в ред. 1905 г., ст. 112–133 проекта книги V Гражданского уложения в редакции 1899 г. Правда, в статьях Общей части, посвященных способам защиты, прежний порядок изложения еще сохраняется (ч. 1 ст. 6 Основ 1991 г., ст. 12 ГК РФ).

полнения» (ч. 2 ст. 328 ГК)[1], в Общей части договорного права вновь появляется институт расторжения нарушенного договора (п. 1 ч. 2 ст. 450 ГК)[2]; кроме того, здесь же впервые за всю историю теперь отражается институт адаптации договора к существенно изменившимся[3] обстоятельствам (ст. 451 ГК); равным образом впервые за всю историю абстрактно формулируется предварительный договор (ст. 429 ГК, ст. 60 Основ); вновь перерабатывается вся вообще система договорных типов, которая теперь сочетает в себе российскую, континентальную и даже отчасти *common law*-традицию (гл. 52 ГК, гл. 9–18 Основ)[4]; при необходимости очень аккуратно вводятся новые, более емкие термины (ср., в частности, ч. 1 ст. 179, ч. 2 ст. 432 ГК, ч. 3 ст. 58 Основ) и т.д.

Главным результатом всех произошедших преобразований является то, что договорное право снова становится частным: российское право возвращается к отказу от необоснованного смешения отраслей, и прежде всего их методов[5], что позволяет договорному праву вернуть свой классический облик. При этом одновременно удается избежать и очередного его внутреннего разделения на части для целей урегулирования торговой деятельности: здесь разработчики Кодекса остаются на тех началах, о которых еще сто лет назад писали разработчики

[1] Определение того, какая из сторон должна исполнить обязательство первой и, соответственно, наделение противоположной стороны возражением о неисполнении, имеет смысл, в частности, для того, чтобы распределить риск возможного банкротства контрагента. Такой риск несет сторона, которая делает первый шаг. Прежнее предписание ст. 204 проекта ГК СССР 1951 г. и ст. 177 ГК РСФСР 1964 г. об одновременном исполнении взаимных обязательств исключало возможность стороны, еще не получившей предоставление, защититься возражением о неисполнении обязательства другой стороной. Данное требование одновременного исполнения должно было хорошо согласовываться с особенностями такого экономического уклада, который не предполагал возможности банкротства ключевых хозяйствовавших субъектов.

[2] Ср., в частности: ст. 1669–1672 проекта Гражданского уложения в ред. 1905 г., ст. 121 ГК РСФСР 1922 г., ст. 207–209, 216–219 проекта ГК СССР 1951 г., ст. 36 Основ 1961 г., ч. 2 ст. 225 и вообще гл. 19 ГК РСФСР 1964 г., что частично сохранилось и в Основах 1991 г. (ч. 2 ст. 72, ст. 70), и в ГК РФ (ч. 2 ст. 405), но в последнем эти нормы дополняются специальной главой об изменении и расторжении договора (гл. 29).

[3] «Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях» (абз. 2 ч. 1 ст. 451 ГК).

[4] О принципах их систематизации см., в частности: *Витрянский В.В.* Некоторые итоги кодификации правовых норм о гражданско-правовом договоре // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М., Статут, 2008.

[5] В этой части, помимо вышеуказанного, см. также, в частности, ч. 1 ст. 1, ч. 1 и 3 ст. 2 ГК.

проекта Гражданского уложения в условиях, когда необходимая для становления торгового права традиция, если и начинала формироваться, то еще не претерпела принципиального вторжения, а оборот был явно более развитым, чем сразу же после плановой экономики[1]. Данные отношения и теперь помещаются в сферу гражданского права, которое, однако, учитывает особенности предпринимательской деятельности (абз. 3 ч. 1 ст. 2, ст. 310, 315, ч. 2 ст. 322, ч. 3 ст. 401, ч. 4 ст. 358, ч. 1 ст. 359, ч. 3 ст. 428, ст. 469, 481, 721, 861 ГК и др., см. также ч. 2 ст. 71 Основ и др.), обусловленные, в частности, ее профессиональным характером, который позволяет предпринимателям в ряде случаев расширить свободу договора, но одновременно предопределяет и значительно большие требования к стандарту их поведения[2].

С принятием последней части Гражданского кодекса РФ начинается процесс его дальнейшего совершенствования. В 2008–2012 гг. специалистами самых разных юридических профессий, в том числе представителями судейского корпуса, науки, практикующих юристов, готовится и затем проходит широкое публичное обсуждение масштабная реформа гражданского законодательства[3], в которой реализуется следующий шаг его становления.

---

[1] Ср. пояснения разработчиков к проекту Книги V Гражданского уложения (Гражданское уложение. Книга V. Том I. 1899. С. III–XXXVII) и, в частности, работы М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, В.А. Дозорцева, А.Л. Маковского, Е.А. Суханова, С.А. Хохлова (*Брагинский, М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 1: Общие положения. 3-е изд., стер. М.: Статут, 2011. С. 117–129; *Дозорцев В.А.* Проблемы совершенствования гражданского законодательства РФ при переходе к рыночной экономике // Государство и право. 1994. № 1. С. 27; *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010; *Суханов Е.А.* Проблемы реформирования Гражданского кодекса России. С. 21, 22–23, 38; *Хохлов С.А., Маковский А.Л.* Вводный комментарий к Гражданскому кодексу // Гражданское законодательство России / Исслед. центр частного права. М.: Междунар. центр фин.-эконом. развития, 1996. С. 5–66).

[2] «В основе этих изъятий лежит, как правило, то, что Кодекс относится к предпринимателю как к профессионалу, как к тому, кто, действуя в обороте, знает больше и может больше, и с кого, соответственно, должен быть и больший спрос, чем с обычного гражданина или с некоммерческой организации» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2008. М.: Статут, 2010).

[3] Результаты трудов рабочих групп «в виде отдельных концепций были опубликованы, а затем обсуждены на различных совещаниях и конференциях в Москве (в Высшем Арбитражном Суде РФ, в Министерстве экономического развития РФ, на расширенных заседаниях двух комитетов Государственной Думы РФ, в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, в Торгово-промышленной палате РФ, в Федеральной палате адвокатов), а также в Санкт-Петербурге (в Конституционном Суде РФ и на юридическом факультете Санкт-Петербургского университета), в Магнитогорске (на выездном заседании Ассоциации юристов России), в Екатеринбурге и в Ниж-

Пространство для реформирования Кодекса появляется, разумеется, не в связи с тем, что к моменту принятия своей последней части он уже устарел, и уж тем более не в связи с тем, что первоначально был подготовлен недолжным образом. И Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» (подп. «е» п. 1), и Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (п. 2 Введения) подчеркивают, что «за время, прошедшее с начала 90-х годов прошлого столетия, в России в основном сложилось экономически, социально и логически обоснованное и в целом оправдавшее себя современное гражданское законодательство», основой которого «стал Гражданский кодекс Российской Федерации 1994–2006 гг. – система принципиальных и наиболее важных правовых норм, являющихся в значительной части общими для всего гражданского законодательства и в определенной части – для российского законодательства вообще», и данный Кодекс прошел «проверку временем, обширной практикой применения (прежде всего судами) и объективной доктринальной оценкой»[1].

нем Новгороде», и «следующим... этапом стал учет полученных замечаний и предложений (более 500)» (*Суханов Е.А.* Проблемы реформирования Гражданского кодекса России. С. 29–30). В части более подробного раскрытия задач, организации и хода данной работы Е.А. Суханов отсылает читателя к работе А.Л. Маковского: *Маковский А.Л.* О Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М., 2009.

[1] Об этом дополнительно пишут и сами участники процесса реформирования: «...принятие Гражданского кодекса Российской Федерации создало основу процесса обеспечения правового регулирования рыночных отношений, одним из важнейших достижений которого стало восстановление ряда правовых институтов, категорий, существовавших в дореволюционной России, причем восстановление на современном уровне и в соответствии с мировыми стандартами гражданско-правового регулирования. Можно сказать, что в России сформирована система гражданского законодательства, в основе которой лежит Гражданский кодекс Российской Федерации. С учетом части четвертой Гражданского кодекса можно говорить о том, что создана уникальная и логически завершенная система кодификации гражданского законодательства России... Гражданский кодекс уже стал и должен оставаться основой становления и развития в государстве цивилизованных рыночных отношений, эффективным механизмом защиты всех форм собственности, а также прав и законных интересов граждан и юридических лиц» (*Медведев Д.А.* Новый Гражданский кодекс Российской Федерации. М.: Статут, 2008), «он (Гражданский кодекс. – *Примеч. К.У.*) выдержал испытание временем его применения, получил высокую оценку эффективности его действия как среди отечественных, так и среди зарубежных специалистов» (*Яковлев В.Ф.* Модернизация Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2019); «За эти годы о новом ГК сказано немало добрых слов. Не избежал Кодекс и критики, и даже хулы. Есть и ряд объективных свидетельств того, что ГК, как говорят, состоялся, оказался соответствую-

Поводом для его модернизации служат объективные потребности, которые прямо перечисляет Указ Президента № 1108 и затем более подробно раскрывает Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации[1].

Одна из таких потребностей связывается с «дальнейшим развитием основных принципов гражданского законодательства, соответствующих новому уровню развития рыночных отношений» (подп. «а» п. 1 Указа Президента РФ № 1108), т.е. с движением к завершению перехода к новому общественному строю и дополнению его всем необходимым: «...в 1992–1994 гг. Россия еще только встала на путь создания частной собственности и рыночной экономики, и хотя из гражданского законодательства было устранено все, что воплощало планово-административную регламентацию имущественных отношений, такое их регулирование, которое в полной мере отвечало бы потребностям социального государства с развитой рыночной экономикой, тогда еще не могло быть создано» (Концепция развития гражданского законодательства, п. 3 Введения)[2]. Незавершенность данного перехода в особенности сказалась на вещном и корпоративном праве[3], но также

щим принципам нового экономического строя и стал основой и ядром системы нового гражданского законодательства России» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2008) М.: Статут, 2010).

[1] О целях и процессе реформирования см. подробнее также: *Суханов Е.А.* Проблемы реформирования Гражданского кодекса России. С. 3 и далее; *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010.

[2] См. также: пояснения разработчиков: «...с тем же, в чем заключается основная ценность третьей кодификации, связана и причина ее несовершенства. Переход от административно-плановой экономики к рыночной экономике социального государства не закончился ни в мае 1991 года, когда были приняты Основы, ни даже в октябре 1994 года, когда стала законом часть первая ГК. Возможно, он не завершился еще и сейчас. И часть первая ГК больше других нуждается в совершенствовании совсем не только потому, что она «старше» других его частей» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010); «законодательная реализация основных предложений Концепции... представляется назревшим шагом, направленным на необходимое и продуманное совершенствование ГК РФ и ряда других российских законов с целью более эффективного оформления и регулирования активно развивающихся рыночных отношений. Ее реализация будет содействовать последовательному устранению из гражданского законодательства остатков как прежнего правопорядка, так и «рыночного романтизма» 90-х годов, постепенно ликвидируя его «переходный» характер» (*Суханов Е.А.* Проблемы реформирования Гражданского кодекса России. С. 34).

[3] О вещном и корпоративном праве и об отражении в этих областях черт прежнего экономического уклада см. подробнее: *Суханов Е.А.* Проблемы реформирования Гражданского кодекса России. С. 10–11, 28.

и в договорном праве текст Кодекса еще сохранял на себе влияние прежнего экономического уклада[1].

[1] Возврат полученного при недействительности ряда категорий сделок, в том числе совершенных с пороками воли, по-прежнему осуществляется в пользу государства (ст. 169, 179 ГК); в нормах об ответственности за неисполнение обязательства иногда сохраняется карательный элемент – и само упоминание «штраф» (ч. 1 ст. 330 ГК, см. также ч. 2 ст. 68 Основ), и ситуации, когда законом или договором допускается, что убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки (ч. 1 ст. 394 ГК, см. также ч. 3 ст. 68 Основ), в обратном направлении движение от компенсационной природы, впрочем, тоже встречается (еще не очень сдержанное, ср., в частности, ст. 333 ГК), нормы о форме договора сохраняют на себе следы смешения дореволюционной и советской традиции, отчего по-прежнему остается неясным ее значение (ч. 1 и 2 ст. 162, ст. 165, ч. 1 ст. 432, абз. 2 ч. 1 ст. 434 ГК, см. также ч. 1 и 2 ст. 58, ч. 2 ст. 30 Основ); двойное толкование допускают правила об опоздавшем акцепте (ч. 1 ст. 442 ГК следует советской традиции, ч. 2 ст. 442 ГК – дореволюционной, что происходит, вероятно, или из-за разногласий при подготовке проекта Кодекса, в разное время включавшего противоположные подходы (Законодательная история части первой ГК РФ (1991–1994 гг.) // Проект по состоянию на 24 декабря 2019 г., zakon.ru), или из-за потери между данными частями ст. 442 ГК фрагмента, содержавшегося ранее в Основах: если оферент уведомит, что акцепт получен с опозданием, такой акцепт будет считаться новым предложением заключить договор – предл. 2 ч. 6 ст. 58 Основ, и договор будет считаться заключенным, если получивший данное предложение немедленно сообщит о его принятии – ч. 2 ст. 442 ГК). Такое же смешение дореволюционной и советской традиции встречается и в институте расторжения нарушенного договора – вслед за дореволюционной традицией Кодекс вводит его в Общую часть договорного права (п. 1 ч. 2 ст. 450 ГК), но допускает только в судебном порядке, где суд определяет существенность нарушения, без использования механизма установления льготного срока (ч. 2 ст. 450 ГК), и при этом по общему правилу запрещает возврат полученного, ориентируя стороны на взыскание убытков (ч. 4–5 ст. 453 ГК), вслед, по-видимому, за советской. Также Кодекс возвращает возможность заявления возражения о неисполнении (абз. 1 ч. 2 ст. 328 ГК) вслед за дореволюционной традицией, предусматривавшей возможность «отказа от исполнения», либо (уже в ГК РСФСР 1922 г.) «отказа в удовлетворении до получения встречного удовлетворения», но вслед за советской, полагавшей исполнение взаимных обязательств одновременным, вводит зеркальность и при частичном неисполнении допускает частичное приостановление или частичный отказ от исполнения (абз. 2 ч. 2 ст. 238). В правилах об ответственности должника за третьих лиц, на которых было возложено исполнение, Кодекс еще сохраняет оговорку, «если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо» (ст. 403 ГК), появившуюся в советских кодексах и не согласующуюся с принципом относительности обязательственной связи, а также с аналогичными по содержанию нормами (ст. 402 ГК). В основаниях прекращения обязательства Кодекс заменяет прежнюю формулу «прекращения или изменения обязательства вследствие изменения плана» «прекращением обязательства на основании акта государственного органа» (ст. 417 ГК), хотя и выступающим теперь частным случаем невозможности исполнения, но никогда не выделявшимся в ней специально ранее (не считая проектов кодекса начала 90-х гг.), и др.

Даже в структуре Кодекса влияние прежних черт еще заметно: Кодекс возвращает Общие положения о договоре (казалось бы, вслед за дореволюционной традицией и ГК РСФСР 1922 г.), но они отделяются от своей Особенной части – от положений о кон-

Другая, не менее важная потребность связывается с «отражением в Гражданском кодексе опыта его применения и толкования судом» (подп. «б» п. 1 Указа Президента РФ № 1108), т.е. с необходимостью учета обширнейшей практики применения положений Кодекса, сформировавшейся за прошедшие пятнадцать лет: «...многочисленные, в том числе серьезные, экономические правонарушения на стадии становления рыночной экономики, часто совершающиеся под прикрытием норм гражданского права, выявили недостаточную для новых условий завершенность в законе ряда классических гражданско-правовых институтов»; кроме того, хотя «свобода и многовариантность экономического поведения участников гражданского оборота с самого начала предопределили в новом гражданском законодательстве России многообразие опосредующих этот оборот правовых норм и используемых в нем правовых средств... в последующие годы обширная практика применения этого законодательства судами показала, что многие общие положения ГК нуждаются в дополнениях и детализации, отсутствие которых не может быть восполнено судебным толкованием» (Концепция развития гражданского законодательства, п. 3 Введения)[1].

кретных договорных типах, которые рассматриваются в одном ряду, например, с обязательствами из причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения в составе следующей части Кодекса (что, напротив, свидетельствует в пользу советской традиции, помещавшей в центр скорее обязательство как таковое, независимо от его источника).

[1] Об этом часто дополнительно пишут и разработчики, а также иные участники реформы: «...при всех его (Гражданского кодекса. – Примеч. *К.У.*) многочисленных достоинствах... не следует забывать, что и первая, и вторая части Кодекса разрабатывались в те годы, когда Российская Федерация только делала первые шаги по пути рыночного развития. В это время никто еще не представлял в полной мере всего многообразия форм, в которых будет реализовываться провозглашенная Конституцией свобода экономической деятельности и, главное, не представлял, каковы должны быть пределы этой свободы в нашей стране» (*Медведев Д.А.* О кодификации гражданского законодательства (извлечения из публикаций) // Вестник гражданского права. 2008. № 3. С. 152); «во время разработки проекта Кодекса в начале 90-х гг. прошлого столетия развитого частного предпринимательства в России еще не было. Предпринимательство на основе частной собственности еще только зарождалось, что и диктовало необходимость разработки нового Гражданского кодекса и судебной системы для разрешения предпринимательских споров. В настоящее время накоплен обширный опыт применения норм ГК РФ, особенно арбитражными судами» (*Яковлев В.Ф.* Модернизация Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2019); «за эти годы о новом ГК сказано немало добрых слов... Тем не менее трудно нанести развитию нашего гражданского права больший вред, чем это можно сделать, пытаясь представить состояние современного гражданского законодательства в виде беспроблемной благостной идиллии», «за время действия ГК России на основе его правил российскими судами решены сотни тысяч дел. При этом, как при применении любого нового закона, возникло много споров по поводу того, как следует понимать ряд правил ГК, обнаружились отдельные неточности

Наконец, важным при проведении реформы становится «использование в гражданском законодательстве новейшего положительного опыта модернизации гражданских кодексов ряда европейских стран» (подп. «г» п. 1 Указа Президента РФ № 1108), «сближение положений Гражданского кодекса с правилами регулирования соответствующих отношений в праве Европейского союза» (подп. «в» п. 1 Указа Президента РФ № 1108) и «поддержание единообразия регулирования гражданско-правовых отношений в государствах – участниках СНГ» (подп. «д» п. 1 Указа Президента РФ № 1108).

Замыкает[1] перечисление направлений реформы консервативный ориентир «обеспечения стабильности гражданского законодательства» (подп. «е» п. 1 Указа Президента РФ № 1108), подтверждающий, что реформа осуществляет именно совершенствование действующего регулирования, способствует поддержанию «основополагающей роли ГК в системе гражданского законодательства и бережному сохранению на будущее большинства его норм» и «не предполагает ни новую кодификацию отечественного гражданского законодательства, ни даже подготовку новой редакции ГК» (Концепция развития гражданского законодательства, п. 2 Введения).

С проведением реформы, несмотря на все выпавшие на ее долю сложности, из-за которых некоторые предложения разработчиков не нашли свое отражение, а некоторые изменения, напротив, оказались никак не связанными с их идеями[2], указанные направления в подавляющей части реализуются.

---

его норм и некоторые пробелы в Кодексе» (*Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2008). М.: Статут, 2010).

[1] Но замыкает, правда, именно в Указе Президента РФ № 1108, в Концепции развития гражданского законодательства, напротив, открывает.

[2] О том, как шла работа над проектом изменений, какие трудности пришлось преодолеть и почему реализованный в итоге вариант не всегда совпадает с первоначальными предложениями разработчиков, см. подробнее: *Суханов Е.А.* Проблемы реформирования Гражданского кодекса России. С. 4–7.

В части реформирования договорного права о соотношении первоначальных предложений разработчиков и итогового текста подробно рассказывает В.В. Витрянский. Он приводит много примеров, когда между первыми и вторым образовывались несоответствия. Для иллюстрации см. рассуждения автора о том, как изменялась ст. 421 ГК: «В текст же ст. 421 «Свобода договора» ГК РФ было предложено внести лишь одно изменение, касающееся непоименованных договоров, а именно дополнить п. 2 ст. 421 нормой о том, что к договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами, при отсутствии признаков смешанного договора правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются. Правда, в окончательном варианте п. 2 ст. 421 неожиданно появилась еще одна фраза:

Реформирование договорного права в самом общем виде открывается борьбой с формализмом и недобросовестностью в данной сфере. По сути, разработчики Кодекса начинают здесь с того, что не успели воплотить в жизнь разработчики проекта Гражданского уложения. Принцип добросовестности нормативно теперь пронизывает все существование договорного обязательства – от стадии переговоров о заключении договора до ликвидационной стадии договорного обязательства и получает прямое закрепление в общей части Кодекса[1]. Реализации этой же цели способствуют и меры совершенствования, в частности, механизма взыскания убытков, не только уточняющие их объем и правила расчета, но и расширяющие судейскую дискрецию для того, чтобы пресечь многочисленные отказы судов в возмещении убытков лишь на основании факта недоказанности точного их размера (даже при отсутствии сомнений в их наличии).

Многие институты и нормы договорного права обновляются или уточняются. Начинает регулироваться заключение договора при помощи электронных средств связи; конкретизируются правила о публичном договоре и договоре присоединения; следуя потребностям практики, формулируются новые типовые договорные конструкции, в частности: рамочный, опционный, абонентский договор; смягчается правило о необходимости согласования сторонами предварительного договора всех существенных условий основного договора; начина-

«...что не исключает возможности применения правил об аналогии закона (пункт 1 статьи 6) к отдельным отношениям сторон по договору», которая свела практическое значение данной новеллы к нулю». Подобная техника внесения корректировок, как указывает автор, повторялась и в отношении других частей нормативного материала (см. подробнее: *Витрянский В.В.* Общие положения о договоре // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2019; *Он же.* Общие положения об обязательствах // Там же).

[1] В то же время напомним, что «было бы некорректно утверждать, что до внесения описываемых дополнений действующий ГК РФ не предусматривал требования добросовестности к участникам гражданских отношений. Путем толкования ст. 10 Кодекса судебная практика выводила это требование и использовала его при разрешении споров. Именно на основе использования анализа и обобщения судебной практики, как отечественной, так и зарубежной, и были подготовлены предложения о введении в содержание ст. 1 ГК РФ рассматриваемого требования как одного из основополагающих принципов гражданского правового регулирования. Но одного формулирования принципа добросовестности было бы недостаточно. Требовалось также учесть судебную практику и по последствиям выявления судами фактов недобросовестного поведения участников гражданских правоотношений» (см.: *Яковлев В.Ф.* Модернизация Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2019). Об этом см. также: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2008). М.: Статут, 2010).

ет перестраиваться система оснований прекращения обязательств, где специальное внимание теперь уделяется соглашению сторон как самостоятельному основанию прекращения всякого обязательства, а также, в частности, уточняется необходимость учета согласия должника на прощение долга, способы волеизъявления сторон и момент прощения долга и т.д.

Наконец, уходит в историю возврат полученного в пользу государства при недействительности сделок, совершенных с пороками воли, а при недействительности сделок некоторых иных категорий он существенно ограничивается; исчезла недействительность внешнеэкономических сделок при нарушении требований к их форме; сужается необоснованно широкий круг лиц, способных требовать признания сделок недействительными и применения последствий их недействительности, а также полномочий суда в применении последствий недействительности по собственной инициативе; продолжается корректировка правила об исполнении обязательства третьим лицом – теперь исходя из того, что вопрос о возложении исполнения обязательства на третье лицо относится скорее к сфере взаимоотношений между третьим лицом и должником и не затрагивает интересов кредитора, в любом случае защищенного требованием к своему контрагенту, прямо устанавливается возможность возврата полученного имущества при расторжении нарушенного договора, ранее мыслимая лишь при расширительном толковании исключения из п. 4, либо при квалификации возврата полученного как возмещения убытков по п. 5, подверженного тогда всем присущим для них условиям; корректируются нормы о возможности уменьшения неустойки судом, продолжают реализовываться иные меры, позволяющие считать частное право снова частным[1].

[1] Более подробно о реализованных и нереализованных в окончательной редакции предложениях при реформировании договорного права см.: *Витрянский В.В.* Общие положения о договоре // Кодификация российского частного права 2019 / под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2019; *Он же.* Общие положения об обязательствах // Там же, а также тексты Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации (проект рекомендован президиумом Совета к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 2 от 11 марта 2009 г.), Концепции реформирования Общей части обязательственного права (проект рекомендован Советом к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 29 января 2009 г.), Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) и действующей редакции ГК РФ в той части, в которой их содержание относится к общей части договорного права.

Этим завершается последний к настоящему моменту этап в становлении российского договорного права. Начинается его новая эпоха.

* * *

Договорное право, как несложно заметить, являет собой одну из областей, которые отражают все повороты в истории российского частного права. Текст Кодекса, сохраняет следы каждой из предшествующих эпох, которые при поверхностном взгляде различить сложно, но они становятся заметны, если внимательно всмотреться в его историю.

Такая преемственность, несмотря на кардинальные общественные перемены, была характерна для российского договорного права всегда: в Своде законов систематизировалось действовавшее ранее право; последовавший затем проект Гражданского уложения перерабатывал уже нормы Свода, подвергая их при необходимости изъятиям, дополнениям или иным корректировкам; ГК РСФСР 1922 г., в свою очередь, в подавляющей части воспроизводил многие положения проекта Гражданского уложения, за исключением корректировок, продиктованных прежде всего политической повесткой; последовавшие за ним проекты ГК СССР, союзные Основы 1961 г., ГК РСФСР 1964 г. – нормы ГК РСФСР 1922 г., поскольку даже при плановой экономике объективно сохранялась хотя бы часть отношений, не связанных с планом; действующий ГК РФ, завершая эту цепочку, воспроизвел в том или ином выражении черты всех своих предшественников.

Решая «вечные» проблемы, одинаково возникающие в императорской, советской и современной России, договорное право, несомненно, развивается эволюционно. Учет всех предшествовавших этапов помогает ему не только восстановить свои истоки, подобно тому, как генетическая память позволяет рассмотреть в человеческом облике черты его предков, но и понять, какие из подходов история, не будучи механичной сменой последовательности эпох, отбирает как лучшие, а также на следующем повороте истории, развивающейся, как известно, циклично, знать о последствиях, к которым может привести тот иной набор решений.

**С.А. Свирков**

# РАЗВИТИЕ МЕХАНИЗМА СУБАБОНЕНТСКИХ ОТНОШЕНИЙ И ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Проблема субабонентских отношений всегда была и продолжает оставаться серьезной технологической и правовой проблемой российской энергетики, которая давно уже привлекает пристальное внимание исследователей[1]. С технической точки зрения схемы энергоснабжения бывают двух видов: радиальные (потребители подключаются к сети параллельно, т.е. каждый из них имеет непосредственное подключение к сети) и магистральные (потребители подключаются к сети опосредованно – через сети других потребителей). В чистом виде эти схемы применяются редко, чаще встречаются смешанные модели, включающие элементы обеих схем[2]. При этом в большинстве развитых стран Европы техническая концепция энергоснабжения опирается на принцип параллельного подключения конечного потребителя, который позволяет создавать развитые системы энергоснабжения[3].

Учитывая сказанное выше, а также проектные особенности Единой энергетической системы России (далее – ЕЭС России), энергоустановки последующих потребителей далеко не всегда могут быть присоединены непосредственно к сети сетевой организации, с которой у потребителя (или гарантирующего поставщика) заключен договор на передачу электроэнергии. В таких случаях возможность передачи электроэнергии обусловлена использованием опосредующих сетей,

---

[1] См., например: *Сейнароев Б.М.* Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. Алма-Ата: Казахстан, 1975. С. 48; *Жанэ А.Д.* Субъектный состав договора энергоснабжения // эж-Юрист. 2003. № 2; *Андреева Л.* Энергоснабжению – четкое правовое регулирование // Российская юстиция. 2001. № 8. С. 37; *Осипчук Е.Л.* Договор энергоснабжения в системе договорных отношений на рынке электрической энергии России: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 8–9, 172.

[2] *Сибикин Ю.Д., Сибикин М.Ю.* Электроснабжение: учеб. пособие. М.: ИП Радио Софт, 2010. С. 77.

[3] Энергосбережение в Европе: применение энергоэффективных распределительных трансформаторов: переп. с сокр. из изд. Европейского института меди (Тема «В» совместного с Европейской комиссией проекта № STR-1678-98-BE) / пер. с англ. Е.В. Мельниковой; под ред. В.С. Ионова // Энергосбережение. 2003. № 6. С. 66–71.

принадлежащих различным субъектам: электростанциям, иным сетевым организациям, другим потребителям (далее – смежные потребители) и т.д.

Правовое регулирование субабонентских отношений не остается неизменным. На сегодня можно выделить следующие этапы развития модели субабонентских отношений:

1. В дореформенный период (до 2000 г.) субабонентские отношения являлись частью процесса энергоснабжения, а смежный потребитель выступал в отношении последующего потребителя в качестве энергоснабжающей организации[1].

При этом одновременно существовали два основания возникновения субабонентских отношений: они возникали, когда смежный потребитель по требованию энергоснабжающей организации присоединял к своим сетям энергоустановки других потребителей (субабонентов)[2]; кроме того, субабонентские отношения могли возникать инициативно – по договоренности смежного и последующего потребителей (ст. 541 ГК РФ).

2. В пореформенный период (2000–2019 гг.) устраняется обязанность присоединять энергоустановки новых потребителей по требованию энергоснабжающей организации (что, безусловно, должно оцениваться положительно); однако появляется обязанность обеспечивать бесплатный переток энергии по своим сетям последующим потребителям[3].

Поскольку реформа электроэнергетики не могла исправить технологические недостатки ЕЭС России, потребность в использовании сетей смежных потребителей продолжает сохраняться. Важно отметить изменение содержания субабонентских отношений в этот период: теперь они охватывают только передачу энергии через сети смежных потребителей, но никак не продажу энергии последним[4]. Данное об-

---

[1] См., например: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2001. С. 144.

[2] См. п. 1.2.6 Правил пользования электрической и тепловой энергией (утв. Приказом Министерства энергетики и электрификации СССР от 6 декабря 1981 г. № 310). Признаны недействующими с 1 января 2000 г. Приказом Минтопэнерго РФ от 10 января 2000 г. № 2.

[3] См.: постановление Правительства РФ от 21 марта 2007 г. № 168 «О внесении изменений в некоторые Постановления Правительства Российской Федерации по вопросам электроэнергетики» // СЗ РФ. 2007. № 14. Ст. 1687.

[4] *Свирков С.А.* Субабонентский договор в целевой модели розничных рынков электроэнергии // Энергетическое право. 2006. № 1. С. 44–49.

стоятельство объясняется законодательным запретом на совмещение конкурентных и монопольных видов деятельности, а также введением лицензирования энергосбытовой деятельности (лицензия на продажу электроэнергии у смежного потребителя отсутствует).

3. Начало нового этапа в развитии правового регулирования субабонентских отношений связано с признанием права смежного потребителя на возмещение расходов на переток электроэнергии по его сетям[1], а также установлением механизма компенсации его расходов на приобретение технологических потерь электрической энергии[2].

Анализ развития правового регулирования субабонентских отношений позволяет выделить в нем две ключевые тенденции:

1. *Разрешительное (диспозитивное) регулирование данных отношений.* Согласно данному подходу субабонентские отношения возникают из договора и реализуются на основании договорного регулирования, иными словами, на диспозитивной основе и путем выработки сторонами взаимовыгодных условий, которые будут устраивать обоих потребителей (смежного и последующего). Очевидно, что именно такой подход в полной мере обеспечивает баланс интересов участников данных отношений. Данный подход выразился в регулировании субабонентских отношений, установленном ст. 545 ГК РФ.

В основе диспозитивного регулирования сферы субабонентских отношений может быть заложен механизм торговли правами на переток по сетям смежного потребителя. Так, в зарубежной практике широко распространена торговля правами на передачу[3], и нет никаких препятствий для ее развития в России, где перспективы сетевого бизнеса видятся вполне реальными. Поскольку монопольной данная деятель-

[1] См.: постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2019 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности пункта 6 Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг в связи с жалобой акционерного общества «Верхневолгоэлектромонтаж-НН»» // СЗ РФ. 2019. № 18. Ст. 2268 (далее – Постановление КС РФ № 19-П).

[2] См.: постановление Правительства РФ от 26 декабря 2019 г. № 1857 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам компенсации расходов на приобретение электрической энергии (мощности) в целях компенсации потерь электрической энергии собственникам или иным законным владельцам объектов электросетевого хозяйства, понесенных ими в связи с обеспечением перетока электрической энергии в энергопринимающие устройства потребителей электрической энергии» // СЗ РФ. 2020. № 1. Ст. 52 (далее – Постановление Правительства РФ № 1857).

[3] См.: *Стофт С.* Экономика энергосистем: введение в проектирование рынков электроэнергии: пер. с англ. М.: Мир, 2006. С. 577–590.

ность становится лишь после получения субъектом тарифа на передачу электрической энергии и его включения в реестр субъектов естественных монополий, торговля смежного потребителя правами на переток по своей сети не может быть отнесена к естественно-монопольной сфере услуг на передачу электрической энергии.

Вместе с тем механизмы диспозитивного регулирования отношений смежного и последующих потребителей не решают задачу обеспечения надежности энергоснабжения потребителей. Для ее решения потребуется применение императивных (обязывающих) механизмов в деятельности профессиональных участников энергетической сферы (сетевых организаций и гарантирующих поставщиков), направленных на обеспечения системной ответственности эксплуатантов сети[1], установления их обязанностей по развитию электросети, последовательной модернизации электросетевого комплекса[2] и т.д. В частности, модернизация электросетевого комплекса, обеспечивающая постепенный переход к радиальной схеме энергоснабжения потребителей, представляется ключевым направлением решения проблемы субабонентских отношений. Если в сфере генерации модернизация обеспечивается на основе новых рыночных решений[3], то в сфере электросетевого комплекса таких решений пока нет. Хотя они выглядят вполне очевидными, учитывая зарубежную практику применения концессионных соглашений в электросетевой сфере, предусматривающих обязанности концессионеров по модернизации и развитию предоставляемых им сетей.

2. *Обязывающее (императивное) регулирование*, основанное на ограничении гражданских прав смежных потребителей. В частности, данная тенденция выразилась в положениях п. 1.2.6 ранее действовавших Правил пользования электрической и тепловой энергией, которыми устанавливалась обязанность потребителя по требованию энергоснабжающей организации при наличии установленной ею технической возможности присоединять к своим сетям энергоустановки других

[1] См., например: § 13 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG). Ausfertigungsdatum: 07.07.2005. (Deutschland) // Energy Law in Europe. National, EU, and International Regulation. Second edition. Edited by M. Roggenkamp, C. Redgwell, I. del Guayo and A. Rønne. Oxford University Press, 2007.

[2] На необходимость повышения эффективности электросетевого комплекса обращается внимание в Энергетической стратегии Российской Федерации до 2035 года (утвержденной Распоряжением Правительства РФ от 9 июня 2020 г. № 1523-р // СЗ РФ. 2020. № 24. Ст. 3847).

[3] См.: постановление Правительства РФ от 25 января 2019 г. № 43 «О проведении отборов проектов модернизации генерирующих объектов тепловых электростанций» // СЗ РФ. 2019. № 5. Ст. 389.

потребителей электроэнергии (субабонентов) и, соответственно, обеспечивать переток электроэнергии конечному потребителю.

В дальнейшем она выразилась в положениях абз. 3 п. 4 ст. 26 Федерального закона от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»[1] и абз. 1 п. 6 Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг[2] (далее – ПНД), которыми устанавливается запрет для смежных потребителей препятствовать перетоку электрической энергии через их объекты электросетевого хозяйства последующим потребителям. Кроме того, норма абз. 1 п. 6 ПНД запрещает смежному потребителю требовать оплату за переток по его сетям[3]. Аналогичная тенденция законодательства присутствует и в смежных отраслях ТЭК – теплоснабжении и водоснабжении[4].

Особенности данной конструкции были проанализированы в литературе[5]. Результатом этого стал вывод о присутствии в данной ситуации вещного обременения права собственности смежного потребителя на электросети, установленного на основании закона. Логика такого подхода вполне очевидна: если конечный потребитель «запитан» через сети смежного, вполне логично обязать последнего не препятствовать перетоку. В его пользу в литературе приводится ряд аргументов юридического (обеспечение публичных интересов), экономического и технологического плана (специфика построения ЕЭС России, схем энергоснабжения населенных пунктов и непрерывности процесса производства, передачи и потребления электроэнергии[6]). Однако решение проблемы субабонентских отношений через ограничение прав смежного потребителя (установление для него правовых запретов) не позволяет обеспечить баланс интересов

---

[1] СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177 (далее – Закон об электроэнергетике).

[2] Утверждены Постановлением Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. № 861 // СЗ РФ. 2004. № 52. Ст. 5525.

[3] Согласно абз. 2 п. 6 ПНД возможность получения смежным потребителем оплаты данных услуг ставится в зависимость от установления для него тарифа на услуги по передаче электроэнергии, а также получения им статуса сетевой организации.

[4] См.: п. 6 ст. 17 Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 190-ФЗ «О теплоснабжении» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4159; п. 3 ст. 11 Федерального закона от 7 декабря 2011 г. № 416-ФЗ «О водоснабжении и водоотведении» // СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7358.

[5] См.: *Свирков С.А.* Основные проблемы гражданско-правового регулирования оборота энергии: монография. М.: Статут, 2013. С. 396–402.

[6] См.: *Смагин А.В.* Сетевые организации в российской электроэнергетике: понятие, признаки // СПС «КонсультантПлюс». 2013.

участников данных отношений, явно противоречит интересам смежного потребителя.

Важной особенностью субабонентских отношений является то, что в них фактически участвует три участника: сетевая организация, смежный потребитель и конечный потребитель. При этом важно отметить, что если первый участник является профессиональным участником сферы электроэнергетики (субъектом электроэнергетики, следуя терминологии Закона об электроэнергетике), то двое последних таковыми не являются. В связи с этим вызывает сомнения допустимость ограничения (обременения) гражданских прав смежного потребителя в рамках законодательства об электроэнергетике. Кроме того, представляется логичным, что решение проблемы субабонентских отношений должно возлагаться на профессиональных участников (монополистов) электроэнергетической сферы – сетевые организации. Данный подход прослеживается в ряде положений Закона об электроэнергетике, которыми:

– установлена обязанность ПАО «ФСК ЕЭС» по развитию единой национальной (общероссийской) электрической сети (далее – ЕНЭС) (п. 1 ст. 10). К сожалению, законодательство не предусматривает обязанности других сетевых организаций (в том числе находящихся под контролем государства) по развитию электрических сетей. Вместе с тем ее целесообразность очевидна, учитывая зарубежный опыт регулирования данных отношений[1];

– на энергосбытовые организации, гарантирующих поставщиков и территориальные сетевые организации (далее – ТСО) возлагается ответственность перед потребителями за надежность обеспечения их электрической энергией и ее качество (п. 1 ст. 38);

– установлена обязанность сетевой организации урегулировать отношения, связанные с передачей электрической энергии, с иными сетевыми компаниями, электрические сети которых используются в процессе передачи электрической энергии потребителю (п. 4 ст. 41)[2].

Рассматриваемая ограничительная тенденция в регулировании субабонентских отношений фактически означает перекладывание сетевыми организациями своих прямых обязанностей по развитию принадлежащих им электросетей на смежного потребителя. Данный

[1] См., например: § 11 EnWG.

[2] Отметим, что данная обязанность распространяется также на смежного потребителя, что представляется крайне неудачным решением.

подход подвергался критике в литературе[1]. Его законность оспаривалась смежными потребителями в Верховном Суде РФ, однако безуспешно[2]. В этом смысле знаковой является позиция Конституционного Суда РФ (Постановление КС РФ № 19-П), которым было признано несовершенство существовавшей до последнего времени модели регулирования данных отношений.

Проблема обеспечения перетока по сети смежного потребителя приобрела особую актуальность после вступления в силу Постановления Правительства РФ от 28 февраля 2015 г. № 184[3], которым утверждены критерии отнесения владельцев объектов электросетевого хозяйства к ТСО. Многие владельцы объектов электросетевого хозяйства оказались не соответствующими данным критериям и поэтому не смогли получить тариф на услуги по передаче электроэнергии, что означало переход в статус смежных потребителей. В результате на них стал распространяться запрет препятствовать перетоку через их сети, а также требовать оплату за данный переток. В такой ситуации оказалось и АО «Верхневолгоэлектромонтаж-НН», которое обратилось в Конституционный Суд РФ с жалобой на несоответствие нормы п. 6 ПНД Конституции РФ.

Позиция КС РФ по данному делу выглядит как попытка приблизиться к достижению баланса интересов, имеющая компромиссный характер. С одной стороны, КС РФ подтвердил справедливость нормы, устанавливающей запрет для смежного потребителя на препятствие перетоку по его сетям последующим потребителям (п. 4 ст. 26 Закона об электроэнергетике), указав на наличие публичных интересов в данной ситуации. С другой стороны, КС РФ указал на то, что запрет требовать оплату за переток электрической энергии (п. 6 ПНД), по существу, включает два запрета:

– запрет на получение смежными потребителями дохода от деятельности по обеспечению перетока (данный запрет КС РФ посчитал обоснованным);

[1] См.: *Свирков С.А.* Основные проблемы гражданско-правового регулирования оборота энергии: монография. С. 401–402, 434–437.

[2] Решение Верховного Суда РФ от 24 июля 2008 г. № ГКПИ08-1221 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании недействующим первого абзаца пункта 6 Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 27декабря 2004 г. № 861» // СПС «КонсультантПлюс».

[3] Постановление Правительства РФ от 28 февраля 2015 г. № 184 «Об отнесении владельцев объектов электросетевого хозяйства к территориальным сетевым организациям» // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1541.

– запрет на возмещение им расходов, которые они несут при осуществлении данной деятельности[1]. Данный запрет КС РФ признал не соответствующим Конституции РФ.

Значение рассматриваемого Постановления КС РФ состоит в том, что он признал право смежных потребителей на возмещение таких расходов, одновременно поручив Правительству РФ разработать механизм их возмещения. Однако позиция КС РФ по указанному делу не привносит принципиально новых подходов в решение проблемы субабонентских отношений и сохраняет модель их регулирования, основанную на запрете препятствия перетоку энергии последующим потребителям.

Во исполнение поручения КС РФ Правительством РФ был создан механизм компенсации расходов смежного потребителя на приобретение электрической энергии (мощности) в целях компенсации технологических потерь электрической энергии, возникших в его объектах электросетевого хозяйства в связи с обеспечением перетока электрической энергии (Постановление № 1857). Согласно данному механизму указанные расходы подлежат компенсации ТСО по заявлению смежного потребителя. При этом расходы ТСО на данную компенсацию должны учитываться при установлении для ТСО тарифа на услуги по передаче электроэнергии.

Таким образом, попытка КС РФ соблюсти баланс интересов привела к искусственному конструированию особого вида деятельности в электроэнергетике – деятельности по обеспечению перетока, не тождественной услугам по передаче электроэнергии. Юридические особенности данной деятельности свидетельствуют о наличии у нее самостоятельного правового режима. В числе таких особенностей можно выделить следующие:

– механизм ее реализации не подразумевает оказания услуг в гражданско-правовом понимании (оплата за ее осуществление производится в виде возмещения понесенных расходов);

– ее регулирование основано на применении императивных (запретительных) норм и административно-правовых механизмов;

– данная деятельность осуществляется непрофессиональным участником сферы электроэнергетики – смежным потребителем;

[1] В числе таких расходов смежного потребителя КС РФ выделил расходы, связанные с оплатой стоимости сетевых потерь, а также расходы по содержанию принадлежащих ему объектов электросетевого хозяйства, в том числе в части обеспечения беспрепятственного перетока электрической энергии последующим потребителям.

– на нее не распространяются требования Федерального закона от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях»[1].

При характеристике подлежащих возмещению расходов смежных потребителей КС РФ указал, в том числе на их расходы по содержанию объектов электросетевого хозяйства, которые они несут в силу возложенного на них ст. 210 ГК РФ бремени содержания принадлежащего им имущества. Судебная практика ранее уже указывала на связь надлежащего исполнения обязанности смежного потребителя не препятствовать перетоку с выполнением требований ст. 210 ГК РФ[2]. Суды исходят из того, что исполнение обязанности, установленной ст. 210 ГК РФ, применительно к объектам электросетевого хозяйства заключается в выполнении собственником всех установленных (в том числе специальными нормативно-техническими актами) мероприятий, необходимых для поддержания данных объектов в исправном, безопасном и пригодном для эксплуатации состоянии в соответствии с их назначением[3]. Более того, в некоторых случаях содержание обязанности, установленной ст. 210 ГК РФ, раскрывается судом[4] через необходимость соблюдения собственником Правил технической эксплуатации электрических станций и сетей Российской Федерации[5]. Аналогичная позиция присутствует в Разъяснении Президиума ФАС России[6] от 13 сентября 2017 г. № 12. Отметим, что с таким подходом

[1] СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

[2] Апелляционное определение Апелляционной коллегии Верховного Суда РФ от 2 февраля 2017 г. № АПЛ16-632; Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 20 ноября 2018 г. № Ф01-5312/2018 по делу № А29-7571/2017 (СПС «КонсультантПлюс»).

[3] См.: *Монтиле Н.* Обязанность иных владельцев объектов электросетевого хозяйства не препятствовать перетоку электроэнергии через данные объекты. URL: https://canopus.su/ (дата обращения: 25.09.2020).

[4] Постановление ФАС Поволжского округа от 5 апреля 2011 г. по делу № А55-12032/2010 (СПС «КонсультантПлюс»).

[5] Приказ Минэнерго России от 19 июня 2003 г. № 229 «Об утверждении Правил технической эксплуатации электрических станций и сетей Российской Федерации» (зарегистрировано в Минюсте России 20 июня 2003 г. № 4799).

[6] См.: Разъяснение Президиума ФАС России от 13 сентября 2017 г. № 12 «О применении положений антимонопольного законодательства в отношении владельцев объектов электроэнергетики, в том числе не соответствующих критериям отнесения владельцев объектов электросетевого хозяйства к территориальным сетевым организациям» // СПС «КонсультантПлюс». Согласно п. 3 указанного Разъяснения, с учетом положений ст. 210 ГК РФ собственник объектов электросетевого хозяйства, не соответствующий Критериям ТСО или потерявший такой статус, несет бремя содержания

едва ли можно согласиться: в данном случае имеет место явно расширительное толкование указанного запрета, так как обязанность пассивного типа (вытекающая из запрета) подменяется обязанностью активного типа (совершать определенные действия).

При этом, как указывалось в литературе, содержание услуг по передаче как раз и состоит в обеспечении и поддержании надлежащего технического состояния объектов электросетевого хозяйства[1]. Исходя из сказанного выше, в содержательном плане (т.е. с функционально-технологической точки зрения) деятельность по обеспечению перетока тождественна деятельности по передаче электрической энергии.

Вместе с тем рассмотренный административный механизм возмещения расходов смежного потребителя вряд ли является перспективным направлением решения проблемы субабонентских отношений. Поскольку данные отношения по своей правовой природе являются гражданско-правовыми[2], их явная перегруженность императивными запретами и административно-правовыми конструкциями свидетельствует о некорректности правовых инструментов, применяемых в их регулировании. При этом правовая природа взаимодействия смежного и последующих потребителей продолжает оставаться неопределенной. Ее можно охарактеризовать как «квазидоговорное взаимодействие», поскольку договор между ними не заключается, услуг по передаче смежный потребитель не оказывает, а обеспечение им перетока «оплачивает» ТСО (в виде возмещения его расходов на оплату технологических потерь).

Проблема субабонентских отношений должна решаться не путем введения необоснованных запретов вещно-правового плана либо искусственного создания новых видов деятельности в электроэнергетике, а посредством уточнения правового режима объектов электросетевого хозяйства. Учитывая их особое публичное значение, факт владения данными объектами может накладывать дополнительные

принадлежащего ему имущества в надлежащем состоянии, обеспечивающем переток электрической энергии на объекты иных лиц. При наступлении аварийных ситуаций собственник имущества должен принять все необходимые действия для их устранения в нормативно установленные сроки.

[1] См.: *Свирков С.А.* Основные проблемы гражданско-правового регулирования оборота энергии. С. 383–384.

[2] Показательна характеристика данной деятельности в Письме Федеральной антимонопольной службы от 18 сентября 2008 г. № АГ/23565, согласно которому она квалифицируется как оказание услуг по обеспечению беспрепятственного перетока электрической энергии на безвозмездной основе по объектам электросетевого хозяйства, принадлежим смежным потребителям.

обязанности на их собственников. Такой подход, в частности, имеет место в случае с ЕНЭС, особенности правового режима которой (ст. 7 Закон об электроэнергетике) накладывают особые обязанности на организацию, осуществляющую ее эксплуатацию (ст. 8–10 Закона об электроэнергетике), в том числе по заключению с собственниками объектов ЕНЭС договоров о порядке использования таких объектов. Безусловно, предусматриваемый данными нормами механизм взаимодействия не лишен серьезных недостатков[1]. Вместе с тем заложенный в нем принцип консолидации сетевой организацией сетей, используемых ею при обслуживании своих потребителей, может быть принят за основу при оптимизации модели регулирования субабонентских отношений.

Применительно к сфере распределительных сетей подобный принцип в законодательстве отсутствует, поскольку процесс консолидации данных сетей находится на начальном этапе[2]. В отношении таких сетей действует принцип «одно окно» при оказании услуг по передаче электроэнергии (п. 4 ст. 41 Федерального закона «Об электроэнергетике»). Он подразумевает обязанность сетевой организации урегулировать отношения по передаче электрической энергии с иными сетевыми компаниями, электрические сети которых используются в процессе передачи электрической энергии потребителю. Вместе с тем данную обязанность вполне допустимо распространить и на отношения по использованию сетей смежных потребителей. При таком варианте целесообразно также регламентировать возможные способы исполнения ТСО указанной обязанности: посредством развития ею своих электросетевых активов (в целях подачи электроэнергии потребителям по собственным сетям ТСО), либо посредством заключения договоров аренды объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих смежным потребителям. При этом понуждение смежного потребителя к заключению такого договора представляется допустимым в строго определенных случаях, например, при отсутствии технической возможности непосредственного технологического присоединения

[1] См.: Комментарий к Федеральному закону от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» / Воробьев Н.И., Воробьева Л.В., Макаров О.В., Свирков С.А., Сысоев Н.Н., Артемьев Е.В., Беляев М.А., Федосова А.В., Богатырева Н.В. / подготовлен для СПС «КонсультантПлюс», 2019. Комментарии к ст. 7, 8 (автор раздела – С.А. Свирков) // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Задача консолидации сетей ТСО предусматривается Стратегией развития электросетевого комплекса Российской Федерации (утвержденной Распоряжением Правительства РФ от 3 апреля 2013 г. № 511-р // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1738.).

энергопринимающих устройств конечного потребителя к сетям ТСО, установленной на основании соответствующих критериев[1].

Учитывая специфику правового режима объектов электросетевого хозяйства и их публичное значение, видится целесообразным предусмотреть в законе механизм определения цены в данном договоре. К примеру, подобный механизм установлен применительно к договорам о порядке использования объектов ЕНЭС, который, в частности, предусматривает возмещение собственникам данных объектов экономически обоснованных расходов на оказание соответствующих услуг, а также получение прибыли в рамках установленной законом нормы доходности капитала (п. 3 ст. 8 Закона об электроэнергетике).

Таким образом, в качестве основной тенденции развития механизма субабонентских отношений необходимо назвать постепенный отказ от императивного (запрещающего) регулирования, а также от избыточных административных механизмов в указанной сфере. Альтернативой им является расширение применения диспозитивных (договорных) начал в регулировании данных отношений. Признание права смежного потребителя на компенсацию его расходов при обеспечении перетока, а также создание механизма компенсации его расходов на оплату технологических сетевых потерь может считаться первым значимым шагом на пути обеспечения баланса интересов участников данных отношений. Дальнейшее развитие регулирования субабонентских отношений предполагает формирование договорного режима использования сетей смежного потребителя, что будет в наибольшей степени соответствовать его интересам, а также позволит компенсировать расходы, возникающие в связи с перетоком электроэнергии по его сетям.

[1] См.: п. 28, 29 Правил технологического присоединения энергопринимающих устройств потребителей электрической энергии, объектов по производству электрической энергии, а также объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих сетевым организациям и иным лицам, к электрическим сетям (утвержденных Постановлением Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. № 861).

**Н.Б. Щербаков**

# ЕЩЕ РАЗ О ГАРАНТИЙНОМ УДЕРЖАНИИ

В последние полтора десятилетия редкий договор строительного подряда, заключенный по российскому праву, обходится без условия о так называемом гарантийном удержании или гарантийном депозите.

Изучение достаточно обширной по данному вопросу судебной практики позволяет представить наиболее типичные формулировки подобных условий, дающие первое приближение к представлению о том, с чем мы собственно имеем дело:

«Платежи производятся за вычетом 5%, удерживаемых в качестве обеспечения исполнения подрядчиком обязательств гарантийного периода, исчисляемого с момента ввода объекта в эксплуатацию. По истечению гарантийного срока сумма удержания подлежит возврату»[1]; «Заказчик вправе при осуществлении оплаты в соответствии с пунктом 3.2.2 договора производить гарантийные удержания в размере 10 процентов от стоимости выполненных работ, оплата которых осуществляется в следующем порядке: половина произведенных гарантийных удержаний – после выдачи разрешения на ввод Объекта в эксплуатацию; оставшаяся часть произведенных гарантийных удержаний – в течение гарантийного срока эксплуатации Объекта при условии устранения Генподрядчиком выявленных Заказчиком дефектов (недостатков)»[2]; «Субподрядчик производит гарантийное удержание 10% стоимости выполненных работ, указанной в справке формы КС-3, с целью покрытия возможных расходов, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением субсубподрядчиком гарантийных обязательств по Договору»[3,4].

---

[1] Определение Коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Постановление ФАС Московского округа от 14 февраля 2020 г. № Ф01-8426/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

[3] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11 июня 2020 г. № Ф07-1891/2020 // СПС «КонсультантПлюс».

[4] Число подобных ссылок можно без труда умножить. См., например, постановления ФАС: Верхне-Волжского округа от 14 февраля 2020 г. № Ф01-8426/2019, Поволжского округа от 27 февраля 2020 г. № Ф06-59020/2020, Северо-Кавказского окру-

Отсюда можно сделать несколько выводов, а именно: следуя судебной практике, гарантийное удержание возможно как по окончательному расчету, так и поэтапному (или любому иному) платежу, причем как в генподрядном, так и в субподрядном договоре. Нередко условие о гарантийном удержании (исчисление соответствующего срока) связано с вводом объекта в эксплуатацию, предоставлением документации в полном объеме как в отношении всех работ, так и определенной их части. При этом в подавляющем большинстве случаев гарантийное удержание устанавливается на случай обнаружения недостатков в выполненных работах, составляет от 3 до 10% от причитающихся подрядчику сумм и используется в течение гарантийного срока (срока обнаружения недостатков)[1].

Причины широкого распространения условий о гарантийном удержании в целом понятны и составляют исключительно интерес заказчика.

Так, по общему правилу при обнаружении недостатков по результатам проведения приемки (в том числе и окончательной) заказчик имеет право по своему выбору воспользоваться следующими мерами защиты: требовать безвозмездного устранения недостатков; возмещения своих расходов на устранение или же соразмерного уменьшения цены; при этом, если подрядчик в ответ на требование заказчика не устранил недостатки в разумный срок, заказчик наделяется правом отказаться от договора и потребовать возмещения убытков (ст. 723 ГК РФ).

Соответствующий выбор заказчик осуществляет исходя из конкретных обстоятельств: характера недостатков, отношений с подрядчиком, ситуации на рынке и пр. При этом приемка результатов работ с замечаниями влечет указанные выше последствия в виде наделения заказчика соответствующими правомочиями в ситуации, когда уплачена лишь часть цены (общим правилом является окончательный расчет за выполненные работы после их окончательной приемки (ст. 711, 746 ГК РФ)). Поэтому при реализации данных правомочий заказчик может получить адекватную защиту своих нарушенных прав (например, заказчик примет решение уменьшить подлежащую выплате сумму (цену)

га от 2 июня 2020 г. № Ф08-3200/2020, Уральского округа от 17 июня 2020 г. № Ф09-784/20 // СПС «КонсультантПлюс».

[1] Такой подход в целом соотносится с международной практикой, также знающей аналог гарантийного удержания в виде института *retention of money*, или *hold bac*. См.: *Bailey J.* Construction law. Rout ledge. 2011. P. 895. Вместе с тем средний процент удержания составляет 3% (JCT Standard Building Contract, 2005 ed., clause 4.20) и лишь в XIX и начале XX вв. доходил до 20–25 % (Loxton v. Ryan [1921] St R Qd 79).

пропорционально стоимости выявленных недостатков или поручит устранение недостатков третьему лицу с отнесением соответствующих расходов на подрядчика, допустившего недостатки). Словом, заказчик вправе использовать арсенал ст. 723 ГК РФ по своему усмотрению, исходя из обстоятельств, сложившихся на момент выявления недостатков. При этом, поскольку часть цены подрядчику не уплачена, заказчик не нуждается в каких-либо дополнительных конструкциях обеспечения своего интереса (стоимость устранения недостатков засчитывается в счет части цены, которая должна была бы быть уплаченной после приемки результата без недостатков).

Однако особенностью строительства является то, что не любые недостатки могут быть обнаружены в ходе осуществления контроля за ходом выполнения работ и соответствующих приемок их результата (как промежуточного, так и окончательного). Часть недостатков, имея скрытый характер, могут заявить о себе в процессе эксплуатации, для чего и установлен период обнаружения недостатков и гарантийный период.

В случае если недостатки выявляются в указанный период, следует исходить из того, что они не были выявлены при приемке, т.е., несмотря на объективное существование недостатков, субъективно о них не было известно. Это означает, что у заказчика не было оснований для применения ст. 723 ГК РФ и, как следствие, неуплаты соответствующей части цены. Следовательно, вся цена за выполненные работы была выплачена на основании проведения окончательной приемки, которая не выявила недостатки в выполненных подрядчиком работах. Обнаружение недостатков уже после приемки и уплаты полной цены ставит заказчика в несколько неудобное положение: не изменяется лишь содержание правомочия требовать безвозмездного устранения недостатков (при этом важно, что в случае их неустранения в разумный срок заказчик имеет право требовать убытки). Что же касается двух других возможностей заказчика, установленных ст. 723 ГК РФ, то они претерпевают определенные изменения. Наблюдается отсутствие встречности обязательств заказчика и подрядчика (например, требованию заказчика о возмещении расходов на устранение недостатков или его же требованию о соразмерном уменьшении цены не соответствует требование подрядчика об уплате части цены, которая, как было показано, в отсутствие условия о гарантийном удержании уже уплачена в полном размере). При таких обстоятельствах заказчик, по сути, обладает в конечном счете лишь ничем не обеспеченным требованием о возмещении убытков.

Вот здесь и проявляется обеспечительная суть гарантийного удержания – за счет наличия встречного по отношению к одному из требований заказчика, закрепленных в ст. 723 ГК РФ, требования подрядчика об уплате части цены, убытки (расходы) заказчика, связанные с устранением обнаруженных недостатков, засчитываются против указанного требования подрядчика. В этом механизме и проявляется обеспечительная функция гарантийного удержания – вместо ничем не обеспеченного требования о возмещении убытков заказчик использует сумму гарантийного удержания, засчитывая требование о ее уплате против требования о возмещении убытков (соразмерного уменьшения цены).

Такой нехитрый обеспечительный механизм тем более востребован, учитывая, что традиционно залог не прижился в строительной среде как способ обеспечения требований заказчика[1]. Что касается поручительства и банковской гарантии, то первый из упомянутых способов обеспечения предполагает право поручителя на возражения (ст. 364 ГК РФ), что связано с возможным спором, а значит, и с длительным временем получения кредитором удовлетворения за счет поручителя. Оперативным способом обеспечения исполнения обязательств подрядчика могла бы стать банковская гарантия. Однако, во-первых, она требует дополнительных расходов, а во-вторых, не воспринимается в России как подлинно независимый способ обеспечения, что лишает независимую гарантию своих главных преимуществ, по сути, превращая ее в вид поручительства[2].

Условие же о гарантийном удержании не требует от заказчика никаких издержек, реализуется им самостоятельно и оперативно. Потому

[1] Это связано как с проблемой определения адекватного предмета залога, которым могут стать оборудование и техника подрядчика, так и с неудобствами, свойственными залогу как гражданско-правовому институту. Так, стоимость потенциального предмета залога не всегда соотносится с размером возможных убытков заказчика. Кроме того, нередко он принадлежит не подрядчику, а используется им на основании договоров аренды или лизинга. Что касается указанных неудобств, то здесь прежде всего следует упомянуть непростой порядок обращения взыскания на предмет залога, а также ограничения права следования залога за вещью как черты его вещно-правового режима добросовестностью приобретателя предмета залога.

[2] См.: п. 4 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г. № 27 и п. 11 «Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии» (утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 5 июня 2019 г.). Практически независимость гарантии (банковской, а затем независимой) имела место только в недолгий период актуальности позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по ряду конкретных дел (см., например: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 октября 2012 г. № 6040/12).

оно и начало заполнять лакуны среди способов, реально способных обеспечить требования заказчика к подрядчику, связанные прежде всего с качеством выполненных работ.

Однако такое условие вступает в резкое противоречие с интересами подрядчика, поскольку чревато для него, а может, и для строительной отрасли в целом весьма негативными последствиями. Прежде всего изучение судебной практики свидетельствует о том, что суммы гарантийного удержания (в среднем 10% от причитающихся подрядчику сумм), а также весьма продолжительные гарантийные сроки говорят о том, что заказчики в переговорном процессе как более сильная сторона стремятся навязать подрядчику невыгодные для него условия[1].

Помимо размера и срока, такие условия невыгодны по следующим основаниям. Во-первых, поскольку сумма гарантийного удержания принадлежит заказчику, подрядчик несет риск несостоятельности заказчика; в свою очередь, кредиторы подрядчика до истечения соответствующего срока не могут рассчитывать на сумму гарантийного удержания для удовлетворения за счет нее своих требований. Во-вторых, при гарантийном удержании с учетом нормы прибыли подрядных организаций и величины гарантийного удержания наблюдается отложение прибыли на срок такого удержания, что ставит подрядчиков в тяжелое положение, способствующее при этом их банкротству. В-третьих, при таких обстоятельствах условие о гарантийном удержании является экономическим барьером для вхождения на рынок новых подрядчиков (не все новые участники рынка готовы работать первые годы вообще без прибыли).

Поэтому при определении значения гарантийного удержания надо найти баланс интересов подрядчиков и заказчиков, что возможно только в случае опоры на прочную методологическую базу. Здесь как никогда актуальны рассуждения В.П. Грибанова о природе и продолжительности гарантийного срока: «Между тем, для правильного понимания существа гарантийных сроков и их служебной роли необходимо рассматривать их не только с чисто юридических позиций, но и с точки зрения тех материальных предпосылок, которые определяют закрепление в законе правил о гарантийных сроках. С методологической точки зрения только такой подход к решению проблемы гарантийных сроков может дать положительный результат»[2].

[1] На это указывает, в частности, О.Г. Ершов (см.: *Ершов О.Г.* О моменте возврата гарантийного удержания при исполнении подрядного обязательства в строительстве // Право и экономика. 2020. № 6).

[2] *Грибанов В.П.* Избранные труды. М.: Статут, 1997. С. 178.

Данное суждение можно с успехом транслировать и на рассматриваемый вопрос. Как при определении продолжительности гарантийных сроков, так и при разрешении иных вопросов, с ними связанных, следует исходить из реальных потребностей в данном случае заказчика (учитывая специфику строительства), учитывая те последствия, которые произведет то или иное решение на подрядчика и строительную отрасль в целом, не пытаясь при этом закрыться от действительности абстрактными юридическими конструкциями.

В судебной практике господствующим видится определение условия о гарантийном сроке как условия о порядке оплаты выполненных работ, представляющее собой случай обусловленного исполнения (ст. 327.1 ГК РФ)[1]. При этом такой вывод суд делает на примере условия, в котором срок гарантийного удержания был связан с вводом объекта в эксплуатацию. Важно и то, что суд распространяет на случаи обусловленного исполнения режим условных сделок.

Рассматриваемый подход более чем спорен и вот почему. Прежде всего он предлагает неопределенность в толковании подобных условий договора. В связи с этим может возникнуть вопрос: что является тем будущим событием, с которым стороны связали соответствующие последствия? Им является обнаружение или необнаружение недо-

[1] Вот как на этот счет высказался Верховный Суд РФ: «В соответствии с пунктом 2 статьи 1 и статьей 421 ГК РФ юридические лица свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. Из указанного принципа свободы договора следует, что стороны подрядной сделки вправе определить порядок оплаты выполненных работ по своему усмотрению, в частности, отступить от общего правила статьи 711 Гражданского кодекса об оплате работ после окончательной сдачи их результата, установив, что частичная оплата выполненных работ приостанавливается до истечения гарантийного срока. Согласно сложившейся практике предпринимательских отношений в сфере подряда такое условие именуется гарантийным удержанием. Договором подряда, заключенным обществами «Спектрстрой» и «Особые экономические зоны», предусмотрен окончательный расчет (выплата заказчиком последней части цены работ – 5 процентов, составляющих гарантийное удержание) после ввода всего объекта строительства в эксплуатацию и истечения гарантийного срока, установленного в отношении этого объекта. Подобное удержание применено сторонами для покрытия возможных расходов заказчика, вызванных ненадлежащим выполнением подрядчиком обязательств в отношении качества строительных работ... если заказчик недобросовестно воспрепятствовал вводу объекта в эксплуатацию, то есть воспрепятствовал наступлению обстоятельства, с которым стороны связали начало течения срока исполнения обязательства по выплате гарантийного удержания, то по требованию другой стороны это обстоятельство могло быть признано наступившим (пункт 1 статьи 6, статья 157 Гражданского кодекса, абзац третий пункта 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 ноября 2016 г. № 54)» (Определение Верховного Суда РФ от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564).

статков или, иначе говоря, это событие является отменительным или отлагательным условием?

Теоретически можно квалифицировать это событие двояко. С одной стороны, обнаружение недостатков в данный период может быть отменительным условием, с наступлением которого стороны связали прекращение обязательства по оплате в соответствующей части; с другой же стороны, необнаружение недостатков может быть условием отлагательным, с наступлением которого связывается возникновение обязательства по уплате соответствующей суммы. Как представляется, поскольку размер цены договора определяется с учетом суммы гарантийного удержания, исполнение обязательства в части размера последнего скорее (если вообще разделять применение здесь концепции условности) поставлено под отменительное условие (т.е. заключение договора порождает обязательство заказчика уплатить всю цену договора за выполненные работы, где лишь уплата части цены условна).

В целом такой подход может вызвать определенные сомнения. Исходя из указанного Определения Верховного Суда РФ и Постановления его Пленума, на которые ссылается суд в Определении, к условию о гарантийном удержании (которое, следуя условной концепции, представляет собой случай обусловленного исполнения) применяются правила об условных сделках, что само по себе нельзя назвать ошибочным. Такое применение касается и режима условных сделок. Здесь и проявляется некоторая неразумность рассматриваемого подхода. В упомянутом Определении указывается, что если заказчик недобросовестно способствовал ненаступлению условия в виде ввода объекта в эксплуатацию, то такое условие следует считать наступившим. Сложно себе представить, чтобы душевно здоровый заказчик ради оттягивания выплаты суммы гарантийного удержания намеренно препятствовал вводу объекта в эксплуатацию, с отсутствием которого он потерпит, несомненно, большие убытки, нежели сумма гарантийного удержания. Равным образом, сложно себе представить, чтобы заказчик недобросовестно искал недостатки в выполненных работах, или эти недостатки создавал сам. По нашему мнению, это ставит под сомнение применение к гарантийному удержанию конструкции условности.

Следует учитывать и еще одно обстоятельство. Если условие о гарантийном удержании носит условный характер, определяя порядок оплаты работы, то обнаружение недостатков автоматически, без дополнительных волеизъявлений прекращает обязанность по уплате цены в размере гарантийного удержания. Возникает вопрос: влияет

ли прекращение обязательства по оплате в части гарантийного удержания на указанные выше правомочия заказчика при обнаружении им недостатков?

Отрицательный ответ на поставленный вопрос (наличие условия о гарантийном удержании не влияет на применение в рассматриваемом случае положений ст. 723 ГК РФ) может означать два (взаимно не исключающих друг друга) последствия.

Условие о гарантийном удержании является условием о штрафе (штрафной, но не исключительной неустойке) за выполнение работы с недостатками. Тогда удержание суммы штрафа (гарантийного удержания) не исключает применение заказчиком по своему усмотрению любой из мер защиты, установленных ст. 723 ГК РФ. Это, однако, противоречит существу отношений сторон по такому удержанию и в любом случае требует дополнительного и явного волеизъявления.

Кроме того, гарантийное удержание в концепции условности и отрицательный ответ на исследуемый вопрос могут означать не что иное, как условие о «гонораре успеха» (в отсутствие недостатков подрядчик получает 100%, при их наличии – 97%, при этом необнаружение недостатков в согласованный срок после приемки является условием, окончательно определяющим цену). При таком подходе гарантийное удержание вовсе лишается обеспечительной функции, а заказчик – реального обеспечения. Подобное условие лишь стимулирует подрядчика к выполнению работ без недостатков, что явно излишне, учитывая, что подрядное обязательство – обязательство по достижению результата.

Очевидно, что, удержав соответствующую часть цены в счет выявленных недостатков, заказчик не вправе требовать ни безвозмездного устранения недостатков, ни возложения на подрядчика расходов, которые он понес или понесет для устранения недостатков. (Иначе на стороне заказчика возникнет неосновательное обогащение.) Это означает, что по общему правилу заказчик в рассматриваемой ситуации лишен права выбора в своей реакции на обнаружение недостатков, т.е. условие о гарантийном удержании является альтернативой правомочиям, указанным в ст. 723 ГК РФ, обедняя арсенал способов защиты прав заказчика. Полагаем, что, если бы заказчики знали об этом, они, скорее всего, отказались бы от условия о гарантийном удержании.

Однако здесь принцип соразмерности, по нашему мнению, проходит еще дальше в отношении сторон. Во избежание неосновательного обогащения заказчика или квалификации гарантийного удержания как штрафной неустойки при обнаружении недостатков обязатель-

ство заказчика по уплате цены (в размере гарантийного удержания) должно прекращаться соразмерно стоимости устранения таких недостатков. Так, если стоимость устранения недостатков 2% при размере гарантийного удержания в 3%, обязанность по выплате части цены в данном размере прекращается лишь в части, пропорционально выявленным недостаткам (т.е. на 2%), 1% от цены следует уплатить подрядчику. Если же стоимость устранения недостатков превысит размер гарантийного удержания, будут действовать общие правила ст. 723 ГК РФ.

Между тем условие о гарантийном удержании, возможно, и не содержит в себе никакой условности, неминуемо влекущей автоматизм в последствиях разрешения условия. Тогда условие о гарантийном удержании может предстать как условие о сроке части платежа после окончания гарантийного срока или срока для выявления недостатков (который всегда определен в законе или договоре).

Прежде всего договор подряда является консенсуальным договором, все права и обязанности по которому возникают с момента заключения договора, что не мешает некоторым из них, например, в силу ненаступления срока исполнения или неисполнения основного обязательства, находиться в несозревшем состоянии. При этом в силу встречности в отношениях сторон оплата в договорах подряда по общему правилу осуществляется за выполненные работы. Отсюда повсеместные условия договоров подряда о порядке расчетов, выражающиеся в том, что окончательный расчет осуществляется после окончательной приемки (как правило, в течение 10 дней с даты подписания акта приемки без замечаний). Следует сказать, что такие условия являлись стандартными и до изменений ГК РФ о сроках. Между тем практика, которая бы признавала такое определение срока путем указания на действие сторон обязательства несогласованным, отсутствовала. Это связано с конструкцией встречного исполнения в подряде.

В отсутствие условия о гарантированном платеже выявление недостатков в гарантийный период влечет лишь возможность применения заказчиком положений ст. 723 ГК РФ по своему усмотрению.

При наличии условия о гарантийном удержании часть оплаты (например, за вычетом 3% от цены договора в целом) осуществляется в течение, скажем, тех же 10 дней после подписания сторонами акта окончательной приемки без замечаний, а часть – в течение 10 дней после истечения гарантийного срока. В случае отсутствия выявленных в соответствующий срок недостатков наступление срока (например, годичного гарантийного) означает наступление срока уплаты части

цены в размере гарантийного удержания. Если же такие недостатки будут выявлены, то срок для уплаты соответствующие части цены не наступит.

Следовательно, условие о гарантийном удержании по своей сути ничем не отличается от условия договора об оплате работ в течение определенного времени с момента подписания без замечаний окончательного акта приемки выполненных работ, являясь лишь его несколько усложненным вариантом: часть цены уплачивается после окончательной приемки при условии отсутствия недостатков (замечаний), а часть – после истечения, например, гарантийного срока («молчаливой второй приемки») также при условии отсутствия недостатков в работах. Как нет условности в первом случае, так нет его и во втором, налицо – условие о встречности исполнения (оплата после выполнения работ) в сочетании со сроком последнего (например, в течение 10 дней с момента подписания акта). Соответствующие обязательства возникают с момента заключения договора подряда и до наступления срока их исполнения носят несозревший характер.

Выявление недостатков в установленный после окончательной приемки срок не влечет автоматического прекращения обязательства по уплате части цены (как это наблюдается при конструкции условности). Это не лишает заказчика права воспользоваться любым способом защиты, предусмотренным ст. 723 ГК РФ. Можно также утверждать, что отсутствуют какие-либо отличия между случаем выявления недостатков при окончательной приемке и отсутствием условия о гарантийном удержании и выявлением недостатков, например, в гарантийный период (при наличии условия о гарантийном удержании).

По нашему мнению, речь здесь может идти о том, что, как и ст. 723 ГК РФ, условие о гарантийном удержании содержит в себе подразумеваемое условие о договорном зачете, к которому применяется принцип соразмерности. Условие о гарантийном удержании призвано поставить заказчика после истечения гарантийного срока (срока для обнаружения недостатков) в то же положение, в котором он находился в момент окончательной приемки (с замечаниями или без таковых). Таким образом, при условии о гарантийном удержании удваивается окончательная приемка, а вместе с ней и ее режим.

В таком случае впору задаться вопросом: а является ли гарантийное удержание самостоятельным (пусть и непоименованным) институтом? Представляется, что нет. По сути, условие о гарантийном удержании – банальное условие об отсрочке платежа (его части) при встречном исполнении обязательств в подряде. Но сама по себе такая отсрочка

(учитывая указанные ранее ее размеры и сроки) создает нетерпимые риски для подрядчика, которые должны быть купированы. Здесь можно предложить следующее.

Первое. На уровне судебной практики сократить как суммы (проценты) гарантийного удержания, так и сроки, на которые такое удержание действует[1].

Второе. Следует исключить при действии рассматриваемых условий риск банкротства заказчика. Подчеркнем, что в международной практике, подчиненной английскому праву или испытывающей ее влияние, средства удержания учитываются на отдельном трастовом счете. При этом действует запрет за гарантийное удержание без отдельного учета[2]. Понятно, что и у нас это представляется в полной мере возможным. Вместе с тем можно подумать над обязательным использованием здесь института счетов эскроу (ст. 860.7 ГК РФ).

Третье. Надо, наконец, запретить ставить в зависимость оплату выполненных работ от ввода объекта в эксплуатацию (а применительно к вопросу о гарантийном удержании – запретить исчислять гарантийный срок вводом объекта в эксплуатацию)[3]. За рубежом такая практика (*paid-if-certified clauses*) почти повсеместно запрещена исходя из ее пагубного влияния на строительную отрасль[4]. К этому стоит добавить, что отсутствие ввода в эксплуатацию может не зависеть от конкретного подрядчика (субподрядчика), а также заказчика. При обусловленности оплаты таким вводом, по нашему мнению, впору говорить о смене указанным перераспределением рисков договорного типа, когда риск отсутствия ввода делится между всеми участниками строительного процесса, невольно превращая договор строительного подряда в некое подобие простого товарищества.

---

[1] Любопытно, что подобные попытки (причем на законодательном уровне) были предприняты в последнее время в Квинсленде (Австралия) (см.: Queensland Building Services Authority Act 1991 (Qld), sections 67K–67N). Это, в свою очередь, породило дискуссии о целесообразности допущения гарантийного удержания как такового (см.: *Хьюз У., Чампион Р., Мэрдок Д.* Договоры строительного подряда. М., 2017. С. 394 и след., *Latham Report*. P. 93–95).

[2] См.: *The Builder & Construction Group International Pty Ltd. v. Datalec Services Pty Ltd*. [2009] NSWSC, 1136 at [7]–[9], per White J.

[3] Повальная легализация подобного рода практики связана с реформой ГК РФ, а именно с изменением ст. 314 ГК РФ и появлением ст. 327.1 ГК РФ.

[4] Part 8 of the Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009 (UK).

**Т.С. Мартьянова**

# ДОГОВОР СТРАХОВАНИЯ КАК ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ФОРМА ОКАЗАНИЯ ФИНАНСОВЫХ УСЛУГ

Договор страхования – одна из важнейших, по существу, системообразующая субстанциальная категория страхового права. Исследование самой конструкции договора страхования – от чисто догматического анализа его правовой природы и особенностей составляющих его элементов до прогностических моделей легального закрепления в системе гражданского законодательства – неизменно находилось и находится в центре фундаментальных доктринальных (научных) разработок отечественного страхового права, отражающих практически каждый исторический период (этап) его развития[1].

[1] См.: *Вицын А.* Договор морского страхования по русскому праву. СПб., 1865; *Степанов И.И.* Опыт теории страхового договора. Казань. 1875; *Лион С.Е.* Договор страхования по русскому праву. М., 1892; *Идельсон В.* Договор страхования по русскому торговому праву. Харьков, 1904. *Гойхбарг А.Г.* Единое понятие страхового договора: вступительная лекция к курсу страхового права, прочитанная в Институте высших коммерческих знаний. СПб., 1914; *Мен Е.* Юридическая природа страхового договора по законодательству РСФСР // Вестник государственного страхования. 1923. № 7–8; *Серебровский В.И.* Понятие страхового договора в Советском праве // Право и жизнь. 1926. Кн. 2–3; *Он же.* Договор страхования и проект Гражданского кодекса Союза ССР // Проблемы социалистического права. 1939. № 1; *Он же.* Договор страхования жизни в пользу третьего лица (Основания возникновения права выгодоприобретателя) // Ученые труды ВИЮН. Вып. IX. М., 1947; *Он же.* Договор страхования жизни в пользу третьего лица (Назначение выгодоприобретателя и его взаимоотношения с Госстрахом и другими лицами) // Ученые записки ВЮЗИ. М., 1948; *Рыбников С.А.* О договоре личного страхования // Советское государство и право. 1948. № 1; *Лещенко Н.П.,* Договор личного страхования в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 1953; *Гурвичюте Х.О.* Договор имущественного страхования в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1954; *Гендзехадзе Е.Н.* Договор морского страхования. М., 1963; *Брагинский М.И.* Договор страхования. М., 2000; *Егоров А.В.* Практика заключения договоров страхования // Законодательство. 2001. № 8; *Демидова Г.* Отграничение договора страхования от смежных гражданско-правовых обязательств // Российская юстиция. 2003. № 8; *Она же.* К вопросу о понимании содержания договора страхования // Юрист. 2006. № 10; *Фогельсон Ю.Б.* Договор страхования в российском гражданском праве: дис. ... докт. юрид. наук. М., 2005; *Он же.* Раздел III. Договор страхования в монографии: страховое право: теоретические основы и практика применения. М., 2017. С. 195–380; *Дедиков С.В., Ключенко Л.Н.* Договор имущественного страхования: гражданско-правовой аспект. М., 2008.; *Шиминова М.Я.*

Определение договора страхования – неотъемлемого элемента всей системы страхования – возможно с учетом трех важнейших предпосылок (условий): экономических, коммерческих и публичных.

Экономический механизм страхования всегда выступал как одно из общих начал, синхронизирующих всю сложную социально-экономическую систему развития производительных сил общества. Экономические процессы неизменно нуждаются в инструменте, обеспечивающем пропорциональность и равновесность их развития, поскольку в условиях развитого оборота, когда «не только каждое отдельное имущество составляет один организм... но и совокупность отдельных имуществ есть одна машина национального производства»[1], экономическое падение одного хозяйствующего субъекта «распространяет экономическую смерть и разрушение вокруг себя»[2].

Целям возмещения (покрытия), ликвидации в полном объеме убытков, причиненных застрахованным материальным ценностям (хозяйственным благам), служит договорная форма имущественного страхования. Имущественная потребность, связанная с охраной жизни, здоровья, способности к труду, пенсионного обеспечения граждан, обеспечивается посредством предоставления определенных денежных сумм, независимо от наличия или отсутствия убытков, договорами личного страхования, определяющими тем самым социально значимый авторитет наивысших (абсолютных) человеческих ценностей. Однако самостоятельность каждой из этих форм не устраняет общности их единой универсальной обеспечительной сущности (функции). Это обеспечительная функция единой компенсаторно-восстановительной направленности, объединяющей восстановительную цель имущественного страхования[3] (восстановление нарушенного имущественного

Договор страхования в системе гражданско-правовых договоров // Вопросы экономики и права. 2012. № 1; *Петров И.В.* Современные проблемы договора страхования // Современное право. 2014. № 12 (1); *Кратенко М.В.* Увеличение страхового риска в период действия договора страхования: правовые последствия (сравнительно-правовое исследование) // Журнал российского права. 2019. № 5.

[1] *Петражицкий Л.И.* Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. М.: Статут, 2002. С. 210.

[2] Таким образом, косвенно разрушается (подвергается опасности) весь народнохозяйственный организм. Этим инструментом и являются договоры страхования как правовая гарантия преодоления (устранения или минимизации) потенциальных имущественных потерь для безопасного осуществления экономической (хозяйственной) деятельности.

[3] Высказывается мнение о том, что легальное определение договора имущественного страхования (п. 1 ст. 929 ГК РФ) обозначает компенсационную природу имуществен-

интереса страхователя (выгодоприобретателя) и компенсационную цель личного страхования (ввиду невозможности восстановления нематериальных благ в том состоянии, в котором они находились до воздействия страхового случая). Тем самым в институте страхования проявляется как частный случай одна из основных функций гражданского (частного) права – охранительная, реализуемая компенсаторно-восстановительными механизмами.

Универсальный принцип разложения во времени и пространстве случайного (эвентуального) вреда в исторически первой (простейшей, элементарной) форме обеспечения от угрожающих опасностей – морском взаимном страховании – воплощался в разработанном и подписанном контрагентами едином документе как форме определения условий двустороннего или многостороннего договора, фиксирующего абсолютно эквивалентные взаимные предоставления его сторон. Единство условий, на которых заключались такие договоры, объективно предопределялось общим характером опасностей торгового мореплавания, угрожающих всем его участникам, т.е. единой экономической сущностью опосредуемых договором отношений, а также рядом других факторов: отсутствием доминирующей (сильной) и зависимой (слабой) стороны в страховом правоотношении; едином, согласованном сторонами, подходом в определении оснований и условий возникновения обязанностей по выплате денежных средств каждому участнику; объемом предоставляемой ими на взаимной основе помощи. Каждый из последующих участников, вступая в договорную связь с каждым из уже существующих контрагентов, просто присоединялся к «договорному сообществу». Взаимное страхование могло использовать в качестве источника правового регулирования неписаный обычай, формирующийся в условиях нормального поступательного развития товарно-денежных связей, а сам договор страхования (страховой по-

ного страхования, однако оно не подкрепляется аргументированными обоснованиями (см.: *Мусин В., Сухоруков С.* Некоторые вопросы имущественного страхования в судебной практике // Хозяйство и право. 2006. № 10. С. 129). Исключительно компенсационный характер признается и за конструкцией перестрахования (см.: *Дедиков С.* Принцип следования решениям и действиям страховщика) // Хозяйство и право. 2002. № 8. С. 62. См. также: *Артамонов А.П., Дедиков С.В.* Право перестрахования: в 2 т. М., 2014). Категорически формулируется цель имущественного страхования как компенсация понесенного страхователем (выгодоприобретателем) ущерба и в учебной литературе (см., например: Гражданское право: учебник: в 3 т. / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. Т. 2. М., 2006. С. 625 (автор главы – А.А. Иванов); Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. М., 2004. С. 398 (автор главы – В.Г. Ульянищев).

лис) мог играть роль важнейшего доказательства (процессуальное значение), подтверждающего достигнутое между сторонами соглашение.

Таким образом, уже первоначальная форма страхования – взаимное страхование – открывала возможность и включала в себе действительно реальную способность подготовить развитие договора страхования в части юридической техники к созданию конструкции стандартизированного модельного договора, определяющего права и обязанности хозяйствующих субъектов при вступлении в общества взаимного (совместного) страхования[1]. Впоследствии модельный договор сменила традиционно признанная и функционально определенная правовая форма – уставы общества взаимного страхования.

Наступление «коммерческой эпохи» страхования, организация его «по началу промышленному»[2] были неизбежным результатом «усиленной циркуляции экономических благ»[3], бурного развития хозяйственной деятельности, необходимо сопровождавшегося резким увеличением имущественных (коммерческих) рисков и одновременно их активной широкой диверсификации, полноценное страховое покрытие которых могло осуществляться лишь на коммерческой основе. Именно коммерческое (промышленное) страхование становится однопорядковой категорией эффективно функционирующей свободной экономики рыночного типа и неотъемлемым элементом мирового эко-

[1] Некоммерческая форма страховой защиты крайне неоднозначно оценивается отечественной доктриной страхового права. Так, один из крупнейших ее представителей – В.К. Райхер резко отрицательно относился к способу разложения ущерба организацией взаимного страхования, противопоставляя ей идею страхования, коренящуюся в идеале социальной солидарности, целесообразную с социально-экономической и справедливую с правовой точки зрения (см.: *Райхер В.К.* Принцип солидарности в страховании // Вестник государственного страхования. 1922. № 3. С. 11). Более смягченную, хотя и не лишенную сомнения позицию относительно положительных возможностей взаимного страхования занимал Г.Ф. Шершеневич, считавший его при всей его выгодности трудноосуществимым, потому что оно «требует очень большого числа участников, привлечение которых, в свою очередь, требует выдающейся инициативы и сложной организации» (*Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т. 2. СПб., 1908. С. 434). Подобные мировоззренческие взгляды нисколько не умаляют исторического значения самой организации отношений взаимного страхования, заключавшей в себе действительную способность типизации оформления договорных отношений участниками гражданского оборота для защиты от неблагоприятных экстраординарных факторов экономической среды. Современные взгляды на институт взаимного страхования см.: *Шиловский С.П.* Комментарий к Федеральному закону от 29 ноября 2007 г. № 286-ФЗ «О взаимном страховании». М., 2008.

[2] *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. С. 321.

[3] *Идельсон В.Р.* Страховое право. СПб., 1907. С. 7.

номического развития. В этих условиях профессиональный «страховой коммерсант» – страховщик – с необходимостью преследовал две цели: первая – справедливое распределение собранных в качестве платы за принятие на страх того или иного риска денежных средств (страховых премий) между их плательщиками – страхователями; вторая – имманентно присущее любой предпринимательской деятельности стремление достичь возможно более высокой прибыли (максимизации доходности), при необходимости сохранения признаков устойчивости и стабильности страхового предприятия, формирующих у потенциальных потребителей страховых услуг доверие к страховщику. Для достижения этих целей необходим доступный для восприятия и понимания всеми страхователями единый подход к регулированию страховых рисков (страховых случаев). В такой ситуации сопоставимость условий всех договоров страхования, заключаемых одним страховщиком с разными страхователями, но в отношении аналогичных рисков, выступает залогом доверия к нему со стороны страхователей, заменяющим доверие страхователей друг другу в отношениях эквивалентного предоставления в договорах взаимного страхования.

Правовым воплощением принципов равенства и справедливости явились правила страхования. И именно они были призваны закрепить равные права страхователей на аккумулированные и централизованно управляемые страховщиком средства страхового фонда, сведя естественное неравенство в объеме необходимого страхового покрытия и различия в обстоятельствах, определяющих степень риска, к разнице уплачиваемой страховой премии[1].

Экономическая предпосылка установления условий договоров страхования в виде стандартных полисных правил проявляется так-

[1] *Гохман В.С.* Страхование жизни: теория и практика актуарных расчетов. М., 1944. В основе определения размера страховых премий (актуарных расчетов) лежит сложный экономико-математический механизм, позволяющий с необходимой точностью, с одной стороны, обеспечить финансово-экономическую устойчивость страховых операций и формирование страхового фонда, а с другой – сохранить конкурентоспособную цену страховой услуги (подробнее об этом см.: *Рябикин В.И.* Актуарные расчеты. М., 1996; *Лемер Жак.* Автомобильное страхование: актуарные модели: пер. с англ. М., 1998; Страхование от несчастных случаев на производстве: актуарные основы / под общ. ред. В.Н. Баскакова. М., 2001; *Симчера В.М.* Финансовые и актуарные вычисления: учеб.-практ. пособие. М., 2002; *Он же.* Введение в финансовые и актуарные вычисления. М., 2003; *Четыркин Е.М.* Актуарные расчеты в негосударственном пенсионом и медицинском страховании. М., 2002; *Симчера В.М.* Введение в финансовые и актуарные вычисления. М., 2003; *Соловьев А.К.* Актуарные расчеты в пенсионном страховании. М., 2005; *Денисов Д.В., Котлобовский И.Б.* Актуарные расчеты в страховании жизни: учеб. пособие. М., 2013.

же в экономической целесообразности расширения круга лиц, объединяющих свои имущественные усилия (денежные средства в виде страховых взносов) для покрытия внезапно возникших материальных потерь. Предпочтение участниками гражданского оборота (экономическая предпосылка) единой формы изложения условий договоров страхования в виде полисных правил заложена в самом принципе формирования и распределения страхового фонда – материальной основы страхования, т.е. в обеспечении условий для накопления средств, необходимых и достаточных для возмещения (покрытия) непредвиденных или непредотвратимых (случайных) убытков для обеспечения иной имущественной потребности лицам, участвующим в его создании, посредством регулярного внесения ими страховых премий (страховых взносов), величина которых математически рассчитана с учетом вероятности реализации рисковых обстоятельств.

Общие потребности участников имущественного оборота в гарантированной защите их экономических интересов, обеспечиваемых всем институтом страхования, находят конкретно-прикладное удовлетворение в возможности заключения договоров страхования, элементом которых являются полисные правила. Неизбежная историческая смена простейшей формы страховых образований – обществ взаимного (совместного) страхования, построенных на некоммерческой основе, профессиональной коммерческой деятельностью «планомерно организованного предприятия... страховщика» предопределила форму изложения условий страхового договора в виде полисных правил.

Страховая деятельность в силу своей функциональной направленности и предназначения принадлежит к числу наиболее сложных и специфических сфер профессионального коммерческого предпринимательства, отражая развитие в экономике рыночных отношений и оформляя их частноправовой инструментарий. Она охватывает целый комплекс отношений, связанных с оценкой имущественных ценностей и нематериальных благ, принимаемых на страхование, обеспечением финансово-экономической устойчивости страховых операций (тарификация страховых премий), определением размера страховых сумм и франшизных оговорок, исследованием и оценкой обстоятельств страхового случая и его оформлением, определением размера страховых выплат, реализацией суброгационных и регрессных требований. Универсальным средством, позволяющим страховщику уверенно занимать устойчивые позиции на страховом рынке и одновременно развивать осуществляемые им виды страхования

в условиях свободной страховой конкуренции, является типизация (стандартизация) договорных форм.

Для решения генеральной задачи максимально широкого охвата потенциальных страхователей в страховой практике активно и результативно используется институт страховых посредников – страховых агентов и страховых брокеров[1]. С сугубо практической стороны интерес представителя состоит в заключении как можно большего количества договоров страхования, а тем самым в получении больших сумм страховых премий и все возрастающего вознаграждения. Ускорению процесса заключения договора страхования, проведению селекции страхового портфеля страховщика и одновременно инструментом контроля страховщика за аквизиционной деятельностью страховых посредников и служат определенные в правилах страхования условия, на которых возможно заключение соответствующих договоров.

Учитывая специфику страхового продукта (страховые услуги) как объекта коммерческой деятельности, наиболее практически приемлемой и коммерчески выгодной формой заключения договоров страхования является заполнение и передача страхователю страховым посредником стандартного бланка (полиса), содержащего отсылку к конкретным правилам страхования. Это с очевидностью обнаруживает коммерческие предпосылки к определению условий страхования в форме полисных правил.

Вместе с тем именно коммерческая предпосылка возбудила одну из самых принципиально важных в доктрине страхового права дискуссий о классификационной принадлежности договора страхования к договорам присоединения[2]. Крупнейший отечественный цивилист – специалист в области страхования В.И. Серебровский не усматривал достаточных оснований для наделения страхового договора характеристикой договора, заключаемого посредством присоединения, а следовательно, и для отношения свойств (особенностей) договора присоединения к числу прочных (устойчивых) страховых признаков.

Нисколько не умаляя исключительных заслуг В.И. Серебровского и его вклада в разработку теоретических концепций страхового права, отстаиваемую им отрицательную точку зрения вряд ли можно признать

[1] См. подробнее: *Овчинникова Ю.С.* Страховые посредники на рынке финансовых услуг: новеллы законодательства // Право и экономика. 2014. № 2.

[2] С момента своего возникновения данная дискуссия с точки зрения постоянного противоборства мировоззрений может соперничать лишь с доктринальными спорами об условной или безусловной природе страховой сделки.

состоятельной, хотя и вполне объяснимой необходимостью адаптирования безусловно коммерческого по своей сущности института добровольного страхования к историческому периоду безраздельного господства советской системы страховой монополии. Аргументация В.И. Серебровского относительно определения многих существенных условий договора страхования, а именно размера страховой суммы, срока и порядка уплаты страховой премии, соглашением сторон относится исключительно к форме, но не к самой субстанции общей цивилистической конструкции договора присоединения. Ее целевое устремление – обеспечение баланса имущественных интересов сторон договора при объективно сложившемся ограничении свободы волеизъявления зависимой (слабой) стороны как имманентной составляющей самого принципа свободы договора и конститутивной предпосылки для создания конкурентной рыночной среды. Использование возможности стандартных форм не исключает индивидуального определения сторонами одного или нескольких условий договора страхования, что не влияет на квалификацию такого договора как договора присоединения. Требуется лишь оценка индивидуально согласованных (переформулированных) условий для правоотношения в целом и отнесения такого договора страхования к числу типовых или стандартных.

Экономические и коммерческие предпосылки (условия), с необходимостью определяющие универсальную регулятивную способность правил страхования для оформления взаимодействия сторон договора страхования, не затрагивают важнейшей социальной ценности всего института страхования, всесторонне проявляющейся в механизме правового регулирования публичной властью (государством) страховых отношений.

Регулируя страховой рынок, государство прибегает к различным формам и методам, образующим определенную систему, те или иные конкретные элементы которой отражают уровень и степень вмешательства публичной власти в страховую сферу. При этом преследуется общая цель устойчивого и динамического развития страхового рынка, «ибо частные отношения должны уступать требованиям общего блага»[1], опираясь на баланс экономических интересов страховщиков, страхователей и государства.

Публичные предпосылки (условия) воздействия на порядок осуществления страхования проявляются и еще в одной сфере, весьма

[1] *Серебровский В.И.* Избранные труды по наследственному и страховому праву. С. 341.

значимой для страхования как частноправовой категории: необходимость обеспечения защиты интересов страхователя как заведомо более слабой (зависимой) стороны в договоре страхования от возможного «давления со стороны экономически несравненно более сильного и влиятельного контрагента – страховщика»[1].

Экономические, коммерческие и публичные предпосылки (как каждая самостоятельно, так и взятые в совокупности) позволяют с максимально возможной степенью правовой точности выстроить механизм, сихронизирующий создание договорного страхового правоотношения, условия которого определяются соответствующими полисными правилами, что предоставляет возможность всесторонне и полноценно удовлетворить любую связанную со страхованием потребность участников имущественного оборота.

Важнейшее значение приобретает установление ГК РФ принципиальной основы взаимодействия условий договора с Правилами страхования – приоритетности конкретного договора страхования (п. 3 ст. 943), и тем самым исключаются возможные противоречия при согласовании Правил и договора страхования – двух «полюсов» всей этой сферы.

Применение Правил страхования при создании конкретного страхового правоотношения ГК РФ связывает с фактом ознакомления страхователя с Правилами страхования, предписывая излагать их в одном документе с договором (страховым полисом) или на его оборотной стороне либо прилагать к нему (в этом случае с обязательной удостоверительной записью в договоре) (п. 2 ст. 943). Вместе с тем ГК РФ при согласовании и взаимодействии Правил страхования и договора страхования предусмотрел особый механизм защиты интересов страхователя как экономически более слабой стороны договора, предоставив ему право ссылаться на положения стандартных условий договора страхования, изложенных в Правилах, даже при неознакомлении с ними страхователя при заключении договора либо при отсутствии их в качестве приложения к договору, в силу чего они не стали для него обязательными.

Существенная особенность действующей отечественной системы правового регулирования страховых отношений – предоставления ГК РФ участникам имущественного (коммерческого) оборота не только свободы в определении содержания Правил страхования,

[1] *Серебровский В.И.* Избранные труды по наследственному и страховому праву. С. 287.

но и в легализации возможности вообще не прибегать к такой форме изложения условий договоров страхования, что является частным проявлением основополагающего гражданско-правового принципа свободы договора (п. 1 ст. 1, ст. 421 ГК РФ). Такой подход является весьма продуктивным и оправданным реципированием опыта развитых зарубежных страховых систем, гарантируя законодателя от необходимости внесения изменения в ГК РФ (учитывая урегулированность им страховых обязательств в гл. 48 исчерпывающим образом), как под давлением публичной власти, так и в силу изменений экономической ситуации на ближайшую перспективу[1]. Более того, он приобретает исключительное значение, позволяя закладывать концептуальные предпосылки формирования принятой в мировой страховой сфере практики регулирования страхования обычаями делового оборота и едиными условиями страхования того или иного вида. Тем самым становится возможным определение стратегического направления развития международной страховой политики – создание в результате сближения и гармонизации национальных (внутригосударственных) систем страхового права (как отражение общих интеграционных процессов развития мирохозяйственных связей) единообразного правового регулирования страхования, преодоления различий, в том числе в правоприменительной деятельности, и в конечном счете образования общего рынка страховых услуг.

Основополагающий и системообразующий акт специального страхового законодательства – Федеральный закон «О страховании»[2] отражает степень публичного вмешательства в регулирование условий договора страхования[3].

Общегражданское законодательство (гл. 48 ГК РФ) включило в систему обязательств по страхованию обязательства договоров страхования с императивным требованием их обязательного заключения по прямому предписанию закона, а не на основе принципа договорной свободы сторон (п. 2 ст. 927 ГК РФ) – обязательное страхование.

---

[1] *Барон Ю.* Система римского гражданского права: в 6 кн. СПб., 2005. С. 76.

[2] В настоящее время действует в редакции Федерального закона от 23 июля 2013 г. № 23-ФЗ (СЗ РФ. 2013. № 30 (ч. 1). Ст. 4067).

[3] *Абрамов В.Ю.* Комментарий к страховому законодательству (постатейный): Закон РФ «Об организации страхового дела в Российской Федерации», глава 48 «Страхование» Гражданского кодекса РФ. М., 2008; *Абрамов В.Ю., Дедиков С.В.* Судебно-практический комментарий к страховому законодательству. М., 2004. *Дедиков С.* Проблема соотношения норм ГК РФ и других федеральных законов о страховании // Хозяйство и право. 2010. № 5.

Возведение договора страхования в ранг практически универсальной формы осуществления всех видов обязательств по страхованию (за двумя исключениями – абз. 1 п. 3 ст. 968 и п. 2 ст. 969 ГК РФ) устранило какое-либо основание противопоставления добровольного и обязательного страхования, различия между которыми проявляются лишь в самом характере договора[1]. При добровольном страховании договор создается как классическая модель свободного выражения частной автономии воли страховщика и страхователя; в обязательном страховании он возникает на основании императивного предписания закона как частный случай установленного законом понуждения к заключению договора (абз. 2 п. 1 ст. 421 ГК РФ). Обязательное страхование как частноправовая конструкция выражает лишь принудительную форму его создания со стороны существующего правопорядка и не становится по источнику своего возникновения особым институтом публичного права.

Взаимодействие правил страхования и формируемых на их основе условий отдельных конкретных договоров страхования обнаруживает два принципиально важных проявления: во-первых, позволяет достичь высшей степени проявления автономии воли участников страховых правоотношений как одного из неотъемлемых основополагающих принципов функционирования всей частноправовой сферы страхования; во-вторых, в результате такого взаимодействия единая согласованная воля страховщика и страхователя, воплощающая полное всеобъемлющее равновесие их взаимных интересов, получает наличное (реальное) договорное бытие.

[1] Концептуальные подходы к определению природы добровольного и обязательного страхования в связи с проектными разработками ГК СССР были выдвинуты В.К. Райхером. Признавая за страхованием качество института общегосударственного значения, он сформулировал три принципиально важных теоретических положения. Во-первых, о том, что правоотношения сторон в связи с обязательным и добровольным страхованием по своему предметному содержанию являются вполне однородными, что особенно наглядно проявляется при одновременной застрахованности одного и того же объекта в рамках и обязательного, и добровольного страхования. Во-вторых, различие между обязательным и добровольным страхованием при сохраняющихся их особенностях не более глубокое, чем между имущественным и личным страхованием, а многие формы страхового права, не зависящие в своем содержании от метода осуществления страхования, одинаково применимы к добровольному и обязательному страхованию. В-третьих, внедоговорность (или обязательность) страхования сама по себе вовсе не дисквалифицирует его как гражданско-правовой институт (см.: *Райхер В.К.* Некоторые вопросы кодификации страхового законодательства: к проекту Гражданского кодекса СССР // Государство и право. 1947. № 9).

Все изложенное дает основания сформулировать два важнейших, можно сказать, концептуальных вывода. Первый – сама конструкция договора страхования и ее легальное воплощение в гл. 48 ГК РФ выступает как центральная и доминирующая идея отечественного страхового права. Второй – договор страхования как инструмент существования индивидуальной и коллективной безопасности и гарант безопасного, созидательного осуществления экономической (хозяйственной) деятельности ее участниками заслуживает характеристики культурного достояния всего гражданского общества, а не только гражданского оборота, приобретая, таким образом, значение и качество категории национального достояния.

**М.Л. Башкатов**

# ПРИНЦИП НОМИНАЛИЗМА В ДЕНЕЖНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ (ПО АНГЛИЙСКОМУ ПРАВУ)

Истоки принципа номинализма некоторые исследователи находят еще в Древней Греции и Древнем Риме[1]. Денежное обязательство выражается в сумме единиц денег (определенной валюты), металлическое содержание или покупательная сила[2] которых (впрочем, думается, что для правового анализа интерес представляет именно последняя категория, как в целом являющаяся в некотором смысле следствием первой) подвержены изменениям. Но независимо от причин таких изменений[3] действует принцип номинализма, согласно которому правом данные изменения игнорируются[4].

Наиболее четко в российской доктрине данный принцип описал Л.А. Лунц: «Этот юридический принцип игнорирования подобных изменений характеризует содержание денежного обязательства, вы-

[1] *Hirshberg E.* The impact of inflation and devaluation on private legal obligations. Legal aspects of contemporary monetary problems. Bar-Ilan University, Ramat-Gan, Israel. P. 56, etc.; *Nussbaum A.* Money in the Law. National and International // The Foundation Press, Inc. 1950. P. 18–19. На этом фоне представляется необоснованным утверждение о том, что принцип номинализма возник в XIX в. (см.: *Багаев В.* Большинство судов еще не пользуются теми возможностями, которые дает современное российское гражданское право [Интервью с А.С. Комаровым] // Закон. 2016. № 3. С. 6–15.

[2] «...относительная стоимость денег выражена в бесчисленных ценах всех товаров» (Теория прибавочной стоимости, изд. 1936 г. Т. II. С. 39 (цит. по: *Лунц Л.А.* Деньги и денежные обязательства: юрид. иссл. М.: Финансовое изд-во НКФ СССР, 1927)).

[3] «...изменениями ли в условиях производства золота или многих товаров»; «несоответствием» ли спроса и предложения товаров; бумажно-денежной эмиссией, создавшей инфляцию; понижением ли курса бумажных денег к золоту; факторами ли стихийного характера или искусственными мероприятиями правительств» (*Лунц Л.А.* Указ. соч.).

[4] См.: *Лунц Л.А.* Указ. соч. Английский юрист *Aharon Yoran* также полагает: «...принцип номинализма гласит, что ценность денежной единицы остается постоянной, несмотря на ее покупательную способность» (*Yoran A.* The effect of inflation on civil and tax liability. Kluwer law and taxation publishers, 1983. P. 8). Хишберг говорит о номинализме как об одной из теорий наряду с металлизмом и валоризмом. При этом практически все существующие правовые системы применяют принцип номинализма (*Hirschberg E.* Op. cit. P. 49).

раженного в определенной сумме денежных единиц: такое денежное обязательство не имеет своим предметом предоставление кредитору определенной покупательной силы; оно не имеет своим предметом предоставление кредитору определенного весового количества золота или его стоимости. Оно имеет своим предметом денежные знаки в номинальной сумме денежных единиц»[1].

Принцип номинализма имеет широкую поддержку среди ученых, что связано со следующими его достоинствами: простота, ясность, стабильность и определенность[2]. Действие принципа номинализма хорошо иллюстрирует классический пример – английский прецедент *Gilbert and Brett* 1604 г.[3], в котором валюта долга была обозначена как «текущая и законная денежная единица Англии» и была заменена государством в период между возникновением обязательства и датой платежа на «смешанные деньги» (*mixt monies*) с официальными печатями и надписями, однако из менее благородного сплава металла. В день платежа покупатель предложил выплату в 100 фунтов смешанных денег, которые согласно провозглашению английской короны были текущими и законными деньгами в Ирландии. Это стало причиной обращения продавца в суд, перед которым встал следующий вопрос: договор между указанными сторонами считает текущей и законной валюту, которая была таковой на момент его заключения или на момент платежа? Суд встал на сторону покупателя, санкционировав право суверенной державы наделить новую денежную единицу статусом законного платежного средства[4].

[1] *Лунц Л.А.* Указ. соч.

[2] Например, проф. Доббс (*Dobbs*) утверждает, что удобство обращения с долларом как с денежной единицей, всегда остающейся одной и той же, перевешивает недостатки, связанные с восприятием доллара как единицы, не подверженной изменениям (см.: *Yoran A.* Op. cit. P. 14.). См. также: *Степанченко А.В.* Валютная оговорка в договорах как способ преодоления инфляционных потерь // Седьмой Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 18–19 ноября 2016 г.): сб. науч. ст. / В.В. Акинфиева, Л.А. Аксенчук, А.А. Ананьева и др.; отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2017.

[3] *Hirschberg E.* Op. cit. P. 49; *Nussbaum A.* Op. cit. P. 172, etc.; *Васильев Е.А.* Денежные обязательства и принцип номинализма в английском праве // Правоведение. 1975. № 2. С. 142. Интересно, что С. Глисон приводит данный прецедент в контексте рассмотрения денег как товара (*Gleeson S.* Op. cit. P. 188–189).

[4] В основу этого решения легла позиция французского юриста Ш. Дюмулена (*Charles Du Moulin*), который фактически отождествлял номинализм с законным платежным средством: по его утверждению, ценность денег определяется той ценностью, которую им придаст суверен (см.: *Keith S. Rosenn*. Law and Inflation. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1982. P. 38.). По утверждению Л.А. Лунца, из указанных ссылок на Ш. Дюмулена «...видно, что короне, согласно тогдашней правовой концепции, принад-

Приведенный пример может дать основание утверждать, что принцип номинализма является порождением государственной теории денег. Однако в литературе справедливо отмечается, что принцип номинализма вполне может применяться и при следовании антиподу данного подхода – общественной теории денег[1].

Если рассматривать данный прецедент под углом применения к деньгам аналогии товара, как это делает Саймон Глисон (*Simon Gleeson*), то он хорошо иллюстрирует главное следствие такой аналогии – перераспределение риска изменения стоимости валюты[2]: продавец в рассматриваемом случае фактически был лишен какой-либо защиты против того, что покупатель оплачивает долг в менее ценной с точки зрения продавца (и, очевидно, рынка) валюте. Таким образом, здесь были приняты во внимание количественная характеристика (100 единиц) и объективная качественная характеристика – наличие атрибута законного средства платежа и проигнорирована субъективная оценка ценности стороной спора (впрочем, и объективная покупательная способность с точки зрения оборота). Следовательно, названное решение суда было вынесено в полном соответствии с принципом номинализма, что, как показывает данный прецедент, возлагает издержки в связи с заменой государством законного средства платежа на продавца.

С. Глисон обращает при этом внимание на то, что для договоров, денежное требование по которым исчислялось в иностранной валюте и спор по которым рассматривался в английском суде, действовало иное правило[3], и соответствующие издержки при девальвации иностранной валюты ложились на покупателя[4]. Важно подчеркнуть, что рост валюты при этом был риском для продавца[5]. Следовательно,

---

лежит право не только чеканить монету, но и определять ее металлическое содержание, а также – право определять «цену монеты»». Далее указывается на то, что существо монеты определяется по этой «нарицательной цене (*valor impositus*), а не по количеству содержащегося в монете металла...» (*Лунц Л.А.* Указ. соч.).

[1] *Nussbaum A.* Op. cit. P. 18.

[2] *Gleeson S.* Op. cit. P. 188.

[3] Долг должен был быть конвертирован в английские фунты стерлингов на момент нарушения обязательства (об этом подробнее далее).

[4] Если бы договор купли-продажи был заключен между английским продавцом и голландским покупателем, а цена договора была бы выражена в голландской валюте, которая была бы девальвирована после момента нарушения покупателем обязательства, соответствующие издержки понес бы покупатель, а не продавец (*Gleeson S.* Op. cit. P. 188.).

[5] *Gleeson S.* Op. cit. P. 188.

налицо некоторая асимметрия правил – весьма умозрительное распределение риска колебания валют в зависимости от того, идет ли речь о девальвации (или замене на менее благородный сплав монеты) национальной валюты или же о падении курса иностранной валюты (впрочем, то же касается и роста)[1].

Однако при первом же приближении к анализу принципа номинализма сразу обращает на себя тот факт, что данный принцип рассматривается учеными сквозь призму исключений из него[2], а именно в контексте вопроса об изменении в покупательной силе денег, произошедших, например, в связи с падением курса иностранной валюты в процессе рассмотрения судебного спора[3], а также вопроса о так называемых защитных оговорках (*protective clauses*)[4].

Сказанное позволяет перейти к рассмотрению первого примера (падение курса иностранной валюты в процессе рассмотрения спора в суде). Речь идет об одном из революционных прецедентов английского права – деле 1975 г. *Miliangos v. George Frank* (*Textiles*), *Ltd.*[5], в котором, вопреки господствовавшему до этого времени мнению, было установлено, что при определенных обстоятельствах английские суды могут (фактически должны) присудить взыскание в иностранной валюте.

[1] Следствием этого, как заметил Манн, стало то, что институт судебного разбирательства изменил природу обязательств между сторонами. Описанный подход широко критиковался; в 1967 г. была принята Европейская конвенция о денежных обязательствах в иностранной валюте, цель которой состояла в том, чтобы обратить вспять такие правила «времени нарушения» (см.: *Gleeson S.* Op. cit. P. 188.).

[2] «Разумеется, признание рубля законным платежным средством, равно как и принцип номинализма, имеют исключения» (*Иванов А.А.* Правовые проблемы действия валютной оговорки в договорах // Вестник экономического правосудия РФ. 2016. № 5. С. 70 –79).

[3] См., например: *Nussbaum A.* Op. cit. P. 348–353.

[4] «Едва ли не основным вопросом исполнения денежных обязательств является вопрос о влиянии изменений в покупательной силе денег на исполнение денежного обязательства» (*Лавров Д.Г.* Денежные обязательства в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 75). См. также: *Лунц Л.А.* Указ. соч.; *Proctor C.* Mann on the Legal Aspect of Money. 7th edit. Oxford University Press, 2012. Par. 12.04 и далее.

[5] Английские судебные решения по вопросам обязательств в иностранной валюте оказали колоссальное влияние как на страны – участницы Содружества наций, так и на США и Францию (*Black V.* Foreign Currency Claims in the Conflict of Laws. London: Hart Publishing, 2010. 14–66. Bloomsbury Collections. Web. 3 Apr. 2020. P. 15). За годы, прошедшие с момента появления этого решения, оно стало очень широко применяться: «...ни одно решение, вынесенное до *Miliangos*... по общему вопросу о курсах обмена, теперь не может считаться обоснованным, если оно не согласуется с *Miliangos*» (*Monrovia Tramp Shipping Co. v. President of India* (The Pearl Merchant) [1978] 2 Lloyd's Law Rep 193 (QB) 197 (Donaldson J), aff 'd [1979] 1 WLR 59 (CA)).

Аргументация и выводы в деле *Miliangos* в целом воспринимаются судами, учеными и английским деловым сообществом как просвещенное, прогрессивное и коммерчески тонкое решение проблемы средств судебной защиты, вызванной тем обстоятельством, что обязательство исчисляется в иностранной валюте[1]. Отмечается, что дело широко рассматривается как современное решение, освободившее правовую доктрину по вопросу иностранной валюты от «тисков средневековых взглядов и отсталого влияния денежного номинализма», заложив основу для подхода к этому вопросу, который был более согласован с общими принципами регулирования, касающегося средств судебной защиты, более чутко реагировал на реалии колебания валют и более благоприятствовал справедливому обращению с ними[2].

В связи с этим любопытен анализ данного прецедента на фоне предшествовавших ему подходов, проведенный Воганом Блэком (*Black Vaughan*), который показал сомнительность некоторых аспектов аргументации, использованной судьями в рассматриваемом прецеденте[3].

Итак, до дела *Miliangos* господствовавшим правилом было то, что требования в иностранной валюте не могут быть предъявлены в английских судах[4]. Это означало, что, если основное обязательство было

[1] Дело *Miliangos* в совокупности с некоторыми решениями палаты лордов 1970–1980 гг. позволило отойти от той ограниченности (местничества), которая ранее характеризовала английское коллизионное право. Это дело рассматривается как долгожданный и запоздалый шаг от англоцентристского мировоззрения, в котором Англия рассматривалась как источник и мера всего, в сторону более подходящего космополитического мировоззрения, где английская правовая система была просто одной из многих равных, что предполагало координацию английской судебной системы с судебными системами других стран (*Black V.* Op. cit. P. 16).

[2] *Black V.* Op. cit. P. 15–16.

[3] Впрочем, автор делает оговорку, что он не собирается критиковать *Miliangos*, он считает это решение прогрессивным, однако собирается показать, что некоторые аспекты в сделанных в нем рассуждениях могут быть подвергнуты сомнению. Кроме того, этот прецедент применяется не всегда корректно, «религия *Miliangos* раскололась на конкурирующие секты: различные страны по-разному воспринимают это дело, вплоть до возможного неправильного представления о нем» (*Black V.* Op. cit. P. 16–17).

[4] Судебные разбирательства в английских судах по поводу долгов в иностранных валютах, вероятно, так же стары, как и сама судебная система. Однако, по-видимому, для английского суда вопрос о стоимости таких иностранных валют был фактически оставлен на усмотрение присяжных. Суды могли и принимали во внимание без необходимости доказывания стоимость английских денег, но обязательство по передаче иностранной валюты в принципе ничем не отличалось от обязательства передать слитки золота или любой другой ценный товар, и вопрос об оценке этого обязательства фактически решался присяжными. Результатом этого стало то, что в состязательных бумагах (*plea dings*) соответствующие суммы зачастую выражались в официальных

выражено в отличной от английской официальной валюты денежной сумме, иск должен был быть оценен и выражен в фунтах стерлингов[1]. Отсюда возник основной вопрос: на какую дату осуществляется пересчет иностранной валюты в фунты стерлингов?

До дела *Miliangos* этой датой была дата нарушения обязательства[2], для договорных обязательств – соответственно дата, когда обязательство должно было быть исполнено. Данное правило – часть более общего правила точной компенсации (*accurate compensation*)[3].

английских денежных единицах. Таким образом, истец, предъявляющий иск на сумму в иностранной валюте, будет ссылаться на то, что причитающийся долг составляет определенную сумму в английских деньгах, а ответчик решает, будет ли он возражать против этого (*Gleeson S.* Op. cit. P. 187–188). Очевидно, что это не означало, что иск, основанный, например, на невыполненном обещании выплатить французские франки, не мог быть рассмотрен в английском суде. Скорее, это означало, что юридические требования, касающиеся иностранной валюты, должны быть в некотором смысле одомашнены (*Black V.* Op. cit. P. 18).

Главное современное решение здесь – *Re United Railways of Havana and Regla Warehouses* 1960 г., которое подтвердило правило, существовавшее на протяжении большей части первой половины XX в.: решения, вынесенные английскими судами, должны быть в фунтах стерлингов – «если и есть что-то ясное в нашем законе, так это то, что иск должен быть предъявлен в фунтах стерлингов, а решение суда вынесено в фунтах стерлингов. Мы не выносим решения в долларах так же, как суды Соединенных Штатов не выносят решения в фунтах стерлингов» (*Black V.* Op. cit. P. 18).

[1] Данное правило являлось фундаментальным принципом (*Black V.* Op. cit. P. 18). Такова была позиция английского права на протяжении многих веков. Например, в деле *Di Ferdinando v. Simon Smits & Co. Ltd*. было решено, что сумма заявленных по требованию убытков за нарушение условий договора, выраженная в иностранной валюте, должна быть конвертирована в фунты стерлингов по обменному курсу, действующему на дату нарушения (*Gleeson S.* Op. cit. P. 188).

[2] *Black V.* Op. cit. P. 18.

[3] «Я полагаю, что в соответствии с законом ясно, что когда кредитор обращается в суд для принудительного исполнения обязательства в иностранной валюте, кредитор имеет право быть поставленным в такое же хорошее положение, как если бы должник исполнил свое обязательство по договору и произвел оплату в иностранной валюте без вмешательства судов. Для этого должно быть вынесено судебное решение в отношении кредитора по обязательству, конвертированному в фунты стерлингов по курсу, определенному на дату, когда обязательство должно было быть исполнено» (*Cummings v. London Bullion Co*. [1952] 1 KB 327 (CA) 335–36) (*Black V.* Op. cit. P. 18–19).

Кроме того, данное правило согласовывалось с более общей нормой частного права о том, что убытки предположительно исчисляются путем оценки стоимости ущемленного права в фунтах стерлингов на дату нарушения этого права, которое должно применяться независимо от того, повысилась ли английская валюта (*Di Ferdinando v. Simon, Smits & Co.* [1920] 3 KB 409 (CA) (Di Ferdinando); Madeleine Vionnet et Ciev Wills [1940] 1 KB 72 (CA)) или обесценилась (*Barry v. Vander Hurk* [1920] 2 KB 709 (KB)) по отношению к иностранной валюте, независимо от места жительства или национальности сторон (Re British American Continental Bank Ltd. [1922] 2 Ch 589) и независимо от того, из-

Следует обратить внимание на то, что в действительности речь идет не об одном, а о совокупности трех правил: 1) иски должны предъявляться в фунтах стерлингов[1]; 2) присуждение должно быть выражено в фунтах стерлингов[2]; 3) конвертация осуществляется по курсу, действовавшему на дату нарушения обязательства[3].

Последнее правило – часть правила общего права о том, что убытки обычно рассчитываются путем оценки стоимости нарушенного обязательства на дату нарушения (часть принципа компенсации, или *restitutio in integrum*). Эта стоимость оценивается в валюте места рассмотрения спора (*currency of the forum*). Таким образом, если истец требует возмещения убытков за неисполнение обязанности по предоставлению товара по какому-либо договору (товара, земли, корпоративных акций), то суд изучает рыночную стоимость этого товара в валюте суда, которую этот товар имел бы в момент и в месте заключения договора[4].

Надо сказать, что при оценке убытков это правило перестает быть абсолютным. Английское прецедентное право признает, что выбор какой-либо более поздней даты, вплоть до начала судебного разбирательства и включая время его проведения, для оценки стоимости по-

влекли ли из этого выгоду истец или ответчик. Это правило применяется как для исков о взыскании долга, так и для исков о возмещении убытков, и независимо от того, материальное право какого государства регулирует основание иска (what state's substantive law washeld to govern the cause of action) (*Black V.* Op. cit. P. 19–20).

[1] *Black V.* Op. cit. P. 19–20.

[2] Это не означало запрет судьям делать какие-либо ссылки на иностранную валюту в своих доводах; но когда дело доходит до сути – суммы, которую проигравший должен будет заплатить победителю, это правило требует, чтобы такие суммы были выражены в английской валюте. Английские суды, по-видимому, придерживались мнения, что практически невозможно, чтобы какой-либо суд (английский или какой-либо другой) мог присуждать в иной валюте, чем местная валюта. Эта правило, по-видимому, почти обладало статусом естественного права, а поэтому содержание некоторых судебных решений создает впечатление, что это правило является лишь местным английским правилом, хотя на самом деле оно является универсальным и действует везде: «...если бы ответчики находились под юрисдикцией любого другого цивилизованного государства и судились бы там, как это могло бы быть, суды этого государства должны были бы решать точно такую же проблему и выразить в валюте этого государства сумму, подлежащую уплате ответчиками, вместо того, чтобы выразить ее в [валюте договора]» (*Manners v. Pearson & Son* [1898] 1 Ch 581 (CA) 587 (Lord Lindley)) (*Black V.* Op. cit. P. 20).

[3] *Black V.* Op. cit. P. 20–21.

[4] Аналогичным образом, если нарушается право истца на физическую неприкосновенность или невмешательство в его собственность, то это право оценивается в момент нарушения в валюте суда (*Black V.* Op. cit. P. 20–21).

терь заявителя может быть оправдан целым рядом факторов. Однако, как правило, для этого требуется какое-то убедительное объяснение[1].

Обобщая сказанное, можно заключить, что до дела *Miliangos* существовало правило «валюта суда/дата нарушения» (*forum currency/breach-date rule*)[2], где иностранная валюта рассматривается как товар, а любое требование о неплатежах – как требование о возмещении убытков, в котором средство правовой защиты должно оцениваться согласно валюте суда на дату возникновения основания для иска[3].

Важно отметить, что в Англии это правило возникло (во всяком случае в той мере, в какой оно приняло форму обязательного требования) отчасти из-за ряда недоразумений. Оно вовсе не было так глубоко укоренено в английском праве, как считают некоторые исследователи и судьи (например, судья лорд Деннинг (*Lord Denning MR*))[4]. Так, Манн отмечал, что вряд ли это правило является неизбежным: вопреки некоторым английским судебным прецедентам, нет ничего немыслимого в вынесении решения в валюте, отличной от валюты суда; так поступают суды в некоторых других странах[5]. Но, самое главное, Манн утверждал, что рассматриваемое правило не имеет ничего общего с современной торговлей и потенциально может привести к нарушению справедливости: в ситуациях, когда в ходе судебного разбирательства фунт стерлингов уменьшался по отношению к соответствующей иностранной валюте, применение правила о «валюте суда/дате нарушения» приводило к присуждению, которое не полностью компенсировало

[1] *Black V.* Op. cit. P. 21– 22.

[2] В сочетании эти названные три правила можно было бы назвать правилом стерлинг/дата нарушения. Однако, поскольку аналогичный режим преобладал и в других странах (хотя и далеко не везде), автор в более общем плане называет его правилом «валюта суда/дата нарушения» (*forum currenc/breach-date rule*) (*Black V.* Op. cit. P. 22).

[3] Возможно, это было сделано для того, чтобы восстановить пострадавшего истца в том положении, которое он занял бы, если бы нарушение не произошло (в той мере, в какой это могут сделать деньги). Кроме того, это правило не противоречило основному принципу возмещения убытков в контрактных и деликтных исках (*Black V.* Op. cit. P. 21–22).

[4] *Black V.* Op. cit. P. 22. До XX в. английское прецедентное право (как и американское) в отношении иностранной валюты было более запутанным и менее последовательным, чем это принято считать: во-первых, отсутствие учебников и докладов по современному праву сказалось на менее регулярном применении общего права; во-вторых, существуют прецеденты, где были выбраны разные даты обмена валюты; в-третьих, Манн критиковал данное правило как сомнительное (см.: *Black V.* Op. cit. P. 22–23).

[5] Например, он утверждал, что англо-американские страны не смогли представить убедительных аргументов в пользу того правила, которое на убедительных основаниях остальная часть западного мира отвергла (*Black V.* Op. cit. P. 22–23).

заявленное требование. Манн считает, что в зависимости от того, как вели себя соответствующие валюты в период после нарушения обязательства, данное правило может привести к занижению причитающейся истцу суммы[1].

Несправедливость рассматриваемого правила заметил и судья лорд Деннинг, отметивший это обстоятельство в ряде судебных решений, заложив тем самым основу для решения по делу *Miliangos*: 1) в деле *The Teh Hu* судья лорд Деннинг заметил, что это правило может привести к несправедливости в виде недостаточной компенсации иностранному истцу, которая была оценена в валюте по отношению к фунту стерлингов[2]; 2) в деле *Jugoslavenska Oceanska Plovidba v. Castle Investment Co.* (1974) судья лорд Деннинг заявил, что английские суды могут приводить в исполнение арбитражные (третейские) решения, выраженные в иностранной валюте[3]; в деле *Schorsch Meier* судья лорд Деннинг постановил, что разумное обоснование правила о «валюте суда/дате нарушения договора» прекратило свое существование и что в тех случаях, когда истец является резидентом одного из государств – членов ЕЭС, ст. 106 Римского договора (которая по статуту является частью английского права) разрешает этому истцу требовать выплаты долга, выраженного в иностранной валюте[4]. При этом В. Блэк отмечает сомнительность использованных судьей лордом Деннингом аргументов, которые были им использованы для обоснования отхода от старого правила, делая вывод о том, что эти аргументы являются не более чем отговорками, чтобы не использовать неугодное более правило[5].

Описанная ситуация существовала до дела *Miliangos*. Фактические обстоятельства этого дела таковы: продавцом было подано исковое заявление о взыскании покупной цены, которая была выражена

[1] *Otto Kahn-Freund* придерживался той же позиции (см.: *Black V.* Op. cit. P. 23).

[2] Однако два других судьи придерживались старого правила. Об этом прецеденте см. также: *Васильев Е.А.* Указ. соч. С. 143.

[3] На том основании, что применение правила о «валюте суда/дате нарушения» обосновывается исключительно процедурными проблемами; при вынесении же арбитражных решений «редко возникает необходимость вызывать шерифа или иного сотрудника для приведения в исполнение решения суда» (*Black V.* Op. cit. P. 23–24). См. также: *Gleeson S.* Op. cit. P. 188.

[4] *Black V.* Op. cit. P. 23–24.

[5] Аргумент о процедурных проблемах по взысканию иностранной валюты (и о том, что в арбитражных решениях таких проблем нет) сомнителен сам по себе; аргумент о том, что Римский договор можно толковать как отменяющий данное правило (даже если речь только о резидентах ЕЭС), также слаб, так как «статья 106 Римского договора имеет мало общего с вопросом о валюте судебного решения» (*Black V.* Op. cit. P. 24).

в договоре в швейцарских франках. В своем первоначальном требовании продавец просил вынести решение в английских фунтах стерлингов[1], т.е. первоначально истец предъявил иск в полном соответствии с тем, что тогда считалось обязательным порядком для предъявления таких требований в английских судах – по правилу «валюта суда/дата нарушения». Однако уже после составления искового заявления, но до того как дело было передано на рассмотрение истец внес поправки в свое исковое заявление и потребовал сумму, выраженную в швейцарских франках в размере заявленной цены товара[2]. Мотив истца изменить свое заявление состоял в том, что в период между нарушением договора и началом судебного разбирательства швейцарский франк значительно вырос по отношению к фунту стерлингов[3]. Заслуживает особого внимания тот факт, что если бы курс изменился в обратную сторону (подорожал бы фунт стерлингов), то продавец не стал бы просить суд не применять правило «валюта суда/дата нарушения»[4].

Суд первой инстанции применил правило «валюта суда/дата нарушения» и постановил взыскать сумму, выраженную в фунтах стерлингов. Это стало основанием для апелляции, в результате чего суд решил, что истец может и должен получить сумму, выраженную в швейцарских франках, или эквивалентную сумму в английских фунтах на дату платежа (или когда суд санкционировал приведение решения в исполнение). Иными словами, ответчик-покупатель мог бы заплатить либо в швейцарских франках, либо в фунтах стерлингов, но если бы было выбрано последнее, то конвертация происходила бы не на дату нарушения (как это было по старому правилу), а на дату платежа (что, естественно, равноценно оплате в швейцарских франках)[5].

Следовательно, тем самым были отменены все три правила, о которых ранее говорилось: 1) истцы стали свободны в том, чтобы выразить свои требования в любой валюте; 2) суды стали свободны в вынесении решения в любой валюте; 3) конвертация либо (а) не происходила

[1] Сумма была рассчитана по курсу швейцарских франков к фунтам стерлингов на дату, когда должна была быть произведена оплата.

[2] Это было обусловлено неопределенностью относительно разумности и сферы охвата действовавшего регулирования, в частности, по причине вынесения решения по делу *Schorsch Meier*, которое состоялось всего за неделю до начала судебного разбирательства по делу *Miliangos*.

[3] *Black V.* Op. cit. P. 25.

[4] Ibid. P. 26.

[5] Ibid. P. 27.

вовсе (если должник выбирал осуществление платежа в иностранной валюте), либо (б) происходила на дату платежа[1].

Основываясь на рассуждениях В. Блэка о мотивах изменения сложившейся в описанное время в Англии практики применения правил о конвертации валюты в ситуации, когда договором предусмотрена оплата в иностранной валюте, в целом можно прийти к выводу о том, что выбор той или иной даты конвертации в данном случае во многом основывался не на каком-либо универсальном, наиболее справедливом и однозначном правиле, а на довольно абстрактном принципе компенсации, применение которого исключительно индивидуально для каждого конкретного дела. Таким образом, в описанной проблематике усматривается наличие точек соприкосновения с проблемой применения принципа добросовестности[2], которая в зависимости от того угла зрения, под которым она рассматривается, может быть сведена либо к практике преодоления судами строгости права, которое на определенном этапе своего существования стало приводить к несправедливым результатам, либо к использованию судьями определенного клише – ссылки на добросовестность для обоснования решения, которое выносится судьей на основании его внутреннего убеждения.

Так, по мнению судьи лорда Уилберфорса (*Lord Wilberforce*), старое правило, существовавшее до дела *Miliangos*, воспринималось как отклоняющееся от принципа компенсации, в частности, потому, что при его применении в ряде случаев, когда за время разбирательства происходит рост валютного курса, победившая в споре сторона объективно недополучает возмещение. Это происходит в результате того, что право истца на получение определенной суммы иностранной валюты

[1] *Black V.* Op. cit. P. 27.

[2] «Получивший легальное закрепление еще в Гражданском кодексе французов 1804 г., роль мощного орудия в борьбе справедливости против строгого права принцип добросовестности начинает играть лишь в практике немецких судов вскоре после принятия ГГУ, вступившего в силу в 1900 г. Одной из основных причин головокружительной карьеры принципа добросовестности стали драматические события немецкой истории первой половины XX в. С § 157 и 242 ГГУ связано и отступление от принципа номинализма, показавшееся судам необходимым, когда инфляция марки достигла чудовищных масштабов, и введение актуального в военные и послевоенные годы правила о возможности пересмотра договора в изменившихся обстоятельствах, и множество частных корректировок правопорядка, позволявших проводить в жизнь установки национал-социалистического мировоззрения, т.е. прежде всего расовую теорию и принцип фюрера» (*Ширвиндт А.М.* Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // *Aequum ius*. От друзей и коллег к 50-летию Д.В. Дождева / отв. ред. А.М. Ширвиндт. М.: Статут, 2014. С. 203–242). О закреплении номиналистского принципа в ст. 1895 Гражданского кодекса Франции 1804 г. см. также: *Nussbaum A*. Op. cit. P. 174.

рассматривается как право на получение компенсации за нарушение этого права путем расчета убытков на основе стоимости такой валюты в фунтах стерлингов на дату нарушения. Таким образом, эта логика приводит к получению истцом меньшего возмещения в тех случаях, когда фунт стерлингов упал по отношению к этой валюте в период после нарушения.

Вместе с тем обращает на себя внимание тот факт, что основанные на следовании принципу компенсации (поставить истца в то положение, которое бы он занял, не будь его права нарушены) рассуждения судьи лорда Уилберфорса ничем не отличаются от рассуждений о применении старого правила. Разница заключается лишь в том, как лучше применить принцип компенсации в условиях колебания валютных курсов. Прежний подход при этом не был охарактеризован как ошибочный, однако в виду изменившихся обстоятельств (разработанная процедура судебного взыскания в иностранной валюте, с одной стороны, и частные валютные колебания, с другой стороны) новая реальность, по мнению судьи лорда Уилберфорса, позволила переосмыслить рассматриваемую проблему[1]. С этим был не согласен судья лорд Саймон (*Lord Simon*), которой утверждал, что колебания валютных курсов не были беспрецедентными и что пятнадцать лет назад при применении старого правила в деле *Havana Railways* палата лордов была явно осведомлена о колебаниях валютных курсов и возможности обесценивания фунта стерлингов[2].

[1] Ситуация поменялась в двух аспектах. Во-первых, с момента решения по делу *Schorsch Meier* суды разработали процедуру взыскания иностранной валюты, им стало комфортно выносить такие решения. Во-вторых (и это главное), лорд Уилберфорс заметил, что в последнее время частые колебания валютных курсов стали нормой: в настоящее время курсы валют плавают относительно друг друга и не имеют фиксированной и стабильной стоимости. По его мнению, изменения относительной стоимости иностранной валюты между датой нарушения и моментом вынесения судебного решения или выплаты обычно являются исключительными случаями, которые закон может обоснованно игнорировать посредством формулирования и применения общих норм. Однако из-за изменений в мировой валютной системе колебания валютных курсов в ходе судебных разбирательств теперь стали вероятны почти в каждом случае (*Black V.* Op. cit. P. 28–29).

[2] В. Блэк отмечает, что не так важно, чья позиция здесь более аргументированна, но указывает на то интересное обстоятельство, что проблема колебания валютных курсов не была беспрецедентной в середине 1970-х гг. Обсуждая проблему даты конвертации в 1956 г., Чарльз Эван (*Charles Evan*) отметил беспрецедентное и быстрое колебание послевоенных валютных курсов. За поколение до этого Уильям Макнейр (*William McNair*) заметил, что хаотичное состояние мировых бирж после перемирия выдвинуло на первый план в английских судах важный вопрос о контрактах и деликтах, связанных с суммами, выраженными в иностранной валюте. Значительные колебания валютных

Дополнительным стимулом для отступления от старого правила в деле *Miliangos* стало соображение экономического характера. Обычно правило о дате нарушения (*breach-date rule*) работало в пользу иностранных истцов, когда курс фунта стерлингов был устойчивым и высоким, но, наоборот, приносило ущерб, если курс падал. Поэтому было заявлено, что вне зависимости от вопроса о справедливости в отношениях сторон спора падение курса фунта стерлингов делает Лондон непривлекательной юрисдикцией. Это, в свою очередь, вредит экономике Англии (особенно юристам), которая выигрывала от того, что Лондон был привлекательным местом для урегулирования международных споров[1].

Начав свое рассуждение с основного принципа *restitutio in integrum* (полная, но не чрезмерная компенсация)[2], судья лорд Уилберфорс не ограничился рассуждениями о недостаточной компенсации – он был обеспокоен и тем, чтобы заявители не получили чрезмерную компенсацию. Он отметил, что принцип компенсации должен дать истцу «ни больше и ни меньше, чем он рассчитывал». В контексте конкретного дела *Miliangos* судья отметил, что для истца-продавца имеет значение то, что «швейцарский франк к добру или к худу должен оставаться швейцарским франком». Именно кажущееся несоответствие общему

курсов наблюдались с 1914 г. до установления Бреттон-Вудского режима в 1945 г. Так, лорд Самнер (*Lord Sumner*) в одном из решений сказал: «...колебания на иностранных биржах неизбежно привносят спекулятивный элемент во все сделки и сферы». В. Блэк приходит к тому, что остается открытым вопрос о том, является ли утверждение о колебаниях валютных курсов в деле *Miliangos* подлинным непониманием истории или уловкой для того, чтобы отойти от необходимости применения старого правила (*Black V.* Op. cit. P. 29–30). В связи с этим рассуждения относительно беспрецедентных колебаний валютных курсов видятся не в полной мере учитывающими исторический контекст (см., например: *Васильев Е.А.* Указ. соч. С. 140–141).

[1] Тем не менее данный аргумент (хотя и был известен палате лордов и явно сыграл определенную роль в решении по делу *Miliangos*) не был произнесен судьей лордом Уилберфорсом, который в ортодоксальной манере ограничился лишь рассуждениями относительно справедливости в отношениях сторон. Вместе с тем в более поздних решениях этот довод прослеживается. Однако даже в деле *Miliangos* судья лорд Саймон вскользь упомянул этот аргумент, сказав, что в качестве судьи он был не в состоянии оценить общее благосостояние или платежный баланс страны (*Black V.* Op. cit. P. 30–31).

[2] Это и есть цель, которая с определенностью должна быть достигнута с помощью правовых норм: «...соответствующая определенность, которую должна достичь норма, – это та, которая дает кредитору не больше и не меньше, чем он рассчитывал». В свете этого критерия правило о валюте суда/дате нарушения рассматривалось как дефектное, поскольку в случае, подобном *Miliangos*, это правило, по-видимому, приводило к недостаточной компенсации: «...в случае, подобном настоящему, правосудие требует, чтобы кредитор не страдал от колебаний стоимости фунта стерлингов» (*Black V.* Op. cit. P. 31).

принципу компенсации и занижения компенсации в рассматриваемом конкретном случае побудило палату лордов в *Miliangos* не применять старое правило. В данном деле конкретным фактическим обстоятельством, которое позволило вынести соответствующее решение, было то, что речь шла об «обязательствах денежного характера по уплате иностранной валюты, возникших по договору, надлежащим правом которого является право иностранного государства, и где расчетный счет и валюта платежа принадлежат этой стране или, возможно, какой-то другой стране, но не Соединенному Королевству»[1].

Решение по делу *Miliangos* базировалось на конкретных фактических обстоятельствах (взыскание денежного обязательства, первоначально выраженного в иностранной валюте), в то время как остался открытым вопрос о том, какое решение принимать, если эти обстоятельства несколько отличаются. С этим и столкнулись суды в течение первых лет после вынесения решения по делу *Miliangos*[2]. Тем не менее оно остается ключевой опорной точкой при решении вопросов присуждения в иностранной валюте, в том числе в вопросе о роли валют в устранении последствий правонарушений (*remeyding torts*) и нарушений договоров, а именно о роли колебания валют в возмещении убытков[3].

Позиция большинства в «постмелианговский» период состоит в том, что главная функция правовых норм, касающихся валюты судебного решения, должна заключаться в обеспечении справедливой и точной компенсации[4]. Так, правила о требованиях в иностранной

[1] *Black V.* Op. cit. P. 32.

[2] Ibid. P. 32–67.

[3] Ibid. P. 68.

[4] Но так было не всегда: в некоторых странах существуют или когда-то существовали законы, которые требовали от судов выносить решения только в местных деньгах. Такие законы направлены на защиту и благоприятствование валюте суда, а следовательно, местного монетного двора и, возможно, даже местного суверенитета, даже если эта защита осуществляется в противоречие принципу точной компенсации.

Однако даже в Англии, где такого законодательства не было, компенсация в прошлом была подчинена другим интересам. Например, в деле *Havana Railways*, где было применено старое правило о валюте суда/дате нарушения, есть «пассажи, которые допускают, что это правило может быть неидеальным с точки зрения точной компенсации». Там, однако, полагалось, что непреодолимые практические и процедурные трудности, стоящие на пути вынесения решения в иностранной валюте, не позволяют английскому суду отступить от этого правила. Если же в некоторых случаях применение этого правила приводило к несправедливости, то с этим действительно мало что можно было поделать, и английские суды не должны были особенно стыдиться такого положения дел, поскольку то же самое происходило и в судах всех стран, или по крайней

валюте должны способствовать реализации более широких целей, которые достигаются частноправовыми средствами правовой защиты. В большинстве случаев эта цель – справедливая компенсация: поставить пострадавшую сторону в положение, которое она заняла бы, если бы не пострадала, насколько это возможно сделать при помощи денег.

Однако существуют отклонения от принципа точной компенсации, которые, в сущности, сводятся к усмотрению судьи в каждом конкретном деле, о чем было сказано ранее: так, судьи вполне могут использовать и аргументы, основываясь на внешних обстоятельствах[1], или же применять аналогичные подходы, выработанные при рассмотрении вопросов об издержках и процентах (*costs and interest*). Например, в вопросе о присуждении издержек, целью которых является компенсация[2], В. Блэк называет следующие факторы, влияющие на решение судьи о присуждении издержек: имеет ли поведение стороны в ходе судебного разбирательства признаки неоправданного затягивания судебного разбирательства; отказывается ли сторона признать то, что должно

мере так считалось. В деле *Miliangos*, как мы уже видели, палата лордов пересмотрела этот подход (см.: *Black V.* Op. cit. P. 68–69).

[1] Например, судья может основывать выбор правила о валюте судебного решения на макроэкономических или политических соображениях. Такие правила могут заключаться, например, в поддержке местной экономики путем стимулирования сторон использовать валюту суда; в содействии местным жителям, а не иностранцам; или, наоборот, поддержании репутации привлекательной с точки зрения рассмотрения спора юрисдикции посредством благоприятствования иностранным сторонам в споре, а не резидентам страны суда. Все эти правила – правила о валюте судебного решения, которые отклоняются от принципа точной компенсации. Такие правила есть практически во всех странах (см.: *Black V.* Op. cit. P. 69).

[2] В частноправовых делах суды могут возложить обязанность на одну сторону судебного разбирательства по выплате другой стороне денег для возмещения последней всех или некоторой части ее расходов по ведению этого судебного разбирательства. Правила, регулирующие распределение данных издержек, различны, но общее правило в Содружестве (но не в Соединенных Штатах) заключается в том, что «расходы следуют за событием» (*costs follow the event*) – проигравшая сторона оплачивает все расходы победившей стороны (или по крайней мере какую-то существенную их часть) (см. также: *Жукова Г.* Международный арбитражный суд ICC: взгляд изнутри // Третейский суд. 2010. № 3. С. 80–97). Очевидной целью этого является компенсация: выигравший истец не становится полноценным, если на него возлагаются издержки на подачу судебного иска, оплату услуг адвоката и т.д. В случае выигрыша ответчика решение о возмещении расходов в его пользу выполняет аналогичную компенсационную функцию. На практике возмещение издержек редко происходит в полном объеме (около двух третей). Но, несмотря на это, обоснованием для предоставления выигравшей стороне судебных издержек остается компенсация (см.: *Black V.* Op. cit. P. 70).

было быть признано, и т.д. То же самое можно сказать и о правилах о процентах, которые имеют некоторое родство с вопросом о валюте присуждения[1].

В. Блэк полагает, что правила о дате конвертации таким образом было бы вполне возможно использовать для тех же целей, которые преследуют суды, используя правила об издержках и процентах, – для наказания и для влияния на поведение сторон во время судебного разбирательства. Правила о датах конвертации могут также использоваться для перераспределения богатства (*redistribute wealth*) или (в менее спорных терминах) для содействия доступу к правосудию[2]. Вместе с тем в некоторых судебных решениях и статутах говорится, что судьи должны выбрать дату конвертации, которая является справедливой с учетом всех обстоятельств[3]. Таким образом, при отсутствии *явного* несогласия с господствующим мнением о том, что цель выбора валюты решения состоит в реализации принципа точной компенсации, представляется возможным оценивать закон на основе того, насколько хорошо он реализует эту функцию. Вместе с тем В. Блэк говорит, что согласие с тем, что компенсация является надлежащим руководящим

[1] Главная цель присуждения процентов по коммерчески реалистичной ставке в дополнение к убыткам заключается в достижении более полной и точной компенсации. Однако суды имеют право в определенных обстоятельствах выносить решение о выплате процентов, в котором их размер либо занижен, либо превышен – меняются ставка или период начисления процентов (вплоть до полного отказа от присуждения процентов). Суды могут выносить соответствующие решения опять-таки в свете факторов, связанных с поведением сторон в судебном разбирательстве, «например, наказывая сторону, которая выдвинула и настаивала на необоснованных обстоятельствах (*frivolous defence*) и тем самым затянула разбирательство». В. Блэк полагает, что вопрос о том, в какой степени судебная дискреция в отношении издержек и процентов может быть законно использована для достижения целей, отличных от цели компенсации, является спорным (*Black V.* Op. cit. P. 71).

[2] *Black V.* Op. cit. P. 71.

[3] Иногда это формулируется как требование выбрать справедливую (объективную) валюту или дату конвертации. Такие широкие формулировки, возможно, позволяют использовать правила даты пересчета валют для наказания нежелательного судебного поведения. Есть решения, в которых судьи заявляют, что они выбирают данную дату конвертации валюты, потому что она справедлива, и все же не дают никакого объяснения, почему это так. Возможно, в этих случаях имели место обстоятельства, о которых умалчивают, но которые повлияли на решение валютного вопроса. Однако даже там судьи открыто не заявляют (и не признают), что это так. То есть нет ни одного случая, когда судья сказал бы, что он при выборе определенной валюты в качестве валюты решения руководствуется соображениями наказания одного из участников тяжбы за тактику затягивания судебного разбирательства или что-то подобное (см.: *Black V.* Op. cit. P. 71–72).

принципом для решения вопроса о валюте решения, является *не более чем первым шагом*, но по крайней мере оно представляет собой основу для анализа и обсуждения[1].

Таким образом, из изложенного следует, что в действительности ввиду постоянного изменения курсов валют действие любого правила (до *Miliangos* или после) так или иначе приводит к отклонению от точной компенсации[2]. При этом В. Блэк говорит о том, что решение по делу *Miliangos* было продиктовано отходом от принципа номинализма[3]. Однако он делает предположение, что отказ в деле *Miliangos* от номинализма выполняет не более чем риторическую функцию для построения рассуждений: этот отказ прямо не выражен и может быть не более чем предлогом для дискредитации подхода, который существовал в более ранней эпохе, особенно в текущих условиях падения переоцененного курса фунта стерлингов[4].

Впрочем, в утверждении о том, что дело *Miliangos* является примером отхода от принципа номинализма, нельзя не отметить довольно заметную противоречивость. Представляется, что номинализм как принцип игнорирования изменения покупательной силы денег в целом сводится к довольно очевидному правилу о неизменности количества оговоренного предоставления и в таком смысле имеет место как до дела

[1] *Black V*. Op. cit. P. 73.

[2] Ibidem.

[3] По мнению судьи лорда Уилберфорса, старое правило о дате нарушения, которое привело бы к неполной компенсации, было подкреплено не только ныне опровергнутым представлением о том, что по практическим соображениям присуждение должно быть оценено в фунтах стерлингов, но и заблуждением, называемым номинализмом (*fallacy called nominalism*). Классическим выражением денежного номинализма является следующее утверждение лорда Деннинга: «Фунт стерлингов – это постоянная единица стоимости, которой в глазах закона измеряется все остальное. Цены на товары могут расти или падать, другие валюты могут расти и падать, но фунт стерлингов остается прежним». По его мнению, в деле *Miliangos* денежный номинализм, который к тому времени был отвергнут судьей лордом Деннингом, уже не был устойчивым (см.: *Black V*. Op. cit. P. 73).

[4] В. Блэк размышляет о древности старого правила и говорит, что эти рассуждения могут казаться отступлением от анализа вопроса о том, как добиться точной компенсации при колебании валют. Однако эти же рассуждения имели место в деле *Miliangos* в качестве отвлекающего маневра. В то время как аргументация в этом деле подчеркивала важнейшую цель точной компенсации, настойчивое указание на древнее происхождение старого правила «было смертельно заражено чем-то, называемым денежным номинализмом», и это указание появилось еще до периода ежедневных взлетов и падений курсов валют и использовалось для возмещения отсутствия любого полностью разработанного объяснения того, почему, и как правило о дате нарушения возникло из-за проблемы неточной компенсации (см.: *Black V.* Op. cit. P. 73).

*Miliangos* (несмотря на необходимость конвертации иностранной валюты в фунт стерлингов, количество денежных единиц иностранной валюты, предусмотренное в договоре, оставалось неизменным, и именно это количество подлежало конвертации в фунт стерлингов), так и в решении по этому делу (присуждение к уплате количества денежных единиц, предусмотренного договором, или к уплате этого количества денежных единиц, конвертируемого в фунт стерлингов по курсу, действовавшему на дату вынесения судебного решения). Однако выбор судом даты конвертации иностранной валюты (о какой бы дате не шла речь), основанный на принципе справедливой компенсации, в сущности есть не что иное, как создание механизма, направленного на то, чтобы полностью проигнорировать правило о количестве предоставления (номинализм) и присудить более или менее справедливый объем покупательной силы, о котором, по мнению суда, стороны договорились. Тот же вывод справедлив и при установлении мотивов законодателя для закрепления правила о дате пересчета.

При таком взгляде дело *Miliangos* не является, строго говоря, отходом от принципа номинализма, так как позволило должнику выбрать между предоставлением оговоренного количества денежных единиц иностранной валюты (принцип номинализма) или исходя из принципа справедливости – предоставления в фунтах стерлингов. В этом смысле номинализм действует только для обязательств, выраженных в единицах законного средства платежа (когда вопрос о конвертации вовсе не поднимается), и для обязательств в иностранной валюте, когда для предоставления по правилам, действующим в стране суда, возможно вынесение решения в иностранной валюте[1]. Следовательно, всегда, когда речь идет о конвертации, возникает вопрос о дате такой конвертации. Поэтому, основываясь на принципе справедливой компенсации, суд принимает во внимание покупательную силу количества оговоренных в договоре денежных единиц и выбирает ту дату, которая кажется ему справедливой (либо это делает законодатель при про-

[1] Когда обязательство должника выражается в деньгах конкретной валюты, содержание этого обязательства в целом можно охарактеризовать как четко фиксированное, и никаких дальнейших комментариев не требуется. Если, например, английский продавец заключил контракт с французским покупателем, где цена выражена в евро, то на эту цену совершенно не влияет факт колебания фунта стерлингов и евро между датой заключения контракта и датой, на которую приходится платеж. В отсутствие четкого положения, касающегося этого аспекта, внешняя стоимость евро просто не имеет отношения к обязательствам сторон. Ввиду всеобщего признания номинализма во всех его аспектах только что высказанное предположение не может быть подвергнуто сколько-нибудь серьезным сомнениям (см.: *Proctor C.* Op. cit. Par. 13.03–13.04).

ектировании нормы)[1]. При этом количество оговоренных в договоре денежных единиц иностранной валюты, хотя и остается неизменным, в действительности вопрос решается относительно подразумеваемой покупательной силы[2].

В данном контексте уместно сказать о том, что доктрина номинализма рассматривается исследователями как часть более широкой доктрины закона валюты долга (*lex monetae*), согласно которой решения государства в отношении его официальной денежной единицы признаются другими государствами в соответствии с международным правом[3]. *Lex monetae* имеет два аспекта – внутренний аспект, который позволяет государству решать, как выпущенная им валюта должна быть определена[4], и внешний аспект, который позволяет государству вводить валютные ограничения в отношении этой валюты[5].

---

[1] Или же законодатель, устанавливая строгое правило о дате конвертации, выбирает, таким образом, наиболее сбалансированное, по его мнению, правило.

[2] «...продавец на основании принципа монетарного номинализма должен вернуть сумму без ее переоценки; здесь намеренно игнорируется время, прошедшее между заключением договора и его отменой, в связи с чем не очень важно, что имущество изменилось из-за исполнения отмененного договора и потеряло свою полную стоимость: это то же имущество, а не стоимость, которую оно имело к дате заключения договора и которую нужно вернуть» (*Pellet S.* Restitutions consecutives a la resolution du contrat de vente: a quoi bon? // Recueil Dalloz. 2014. No. 10. P. 644, 645 (цит. по: *Усачева К.А.* Единая модель реституционных отношений в проектах реформирования французского и швейцарского обязательственного права (часть вторая: основные прикладные вопросы реституции) // Вестник гражданского права. 2016. № 1. С. 47–142.

[3] По большому счету все может быть оценено в чем угодно (например, дом в автомобилях), но особые проблемы возникают там, где вещь, используемая для оценки, явно создана с целью оплаты. В этом случае возникает вопрос о том, кто решает, что на самом деле представляет собой соответствующая единица. В отношении денег (*currency*) доктрина номинализма более или менее бесспорна в английском праве – договор, выраженный в фунтах стерлингов, выражен в том, что государство определяет как стерлинг в соответствующий момент времени (см.: *Gleeson S.* Op. cit. P. 169).

[4] Внутренний аспект является более сложным в сравнении с внешним. Реорганизация каким-либо государством своей денежной системы проводится в порядке осуществления им своей суверенной власти, которая не может стать предметом судебного разбирательства в любом другом государстве. Следовательно, если по английскому договору я обязан к уплате немецких марок в определенный день, то я должен заплатить в этот день то, что правительство Германии называет этой суммой (*Gleeson S.* Op. cit. P. 169).

[5] Внешний аспект был предметом серьезных дискуссий. Большинство считает, что в тех случаях, когда государство стремится установить ограничения на сделки со своей валютой, эти ограничения будут проигнорированы судами других стран как не имеющие отношения к договору и представляющие собой неоправданную попытку такого государства принудительно реализовать свое исключительное право (*prerogative right*). Сказанное справедливо и в том случае, если соответствующее обязательство будет ис-

Существует и иное мнение относительно связи номиналистского принципа и *lex monetae*. По мнению Ч. Проктора, необходимо различать роль права, применимого к обязательствам сторон, и роль *lex monetae*, хотя выявить точные границы их применения весьма сложно. Так или иначе, Ч. Проктор утверждает, что по крайней мере в том, что касается английского права, номиналистский принцип обязан своим существованием праву, применимому к обязательствам сторон, а не *lex monetae*[1].

Дальнейшие рассуждения на этот счет приводят к тому, что даже в случае, когда речь идет о действии номиналистского принципа для обязательств, выраженных в единицах законного средства платежа и для решений в иностранной валюте, стороны вполне могут отойти от этого принципа посредством различных механизмов, направленных на сохранение той платежной силы, которую они имели в виду, заключая договор, т.е. отступить от действия принципа номинализма.

Так, В. Блэк считает, что даже в рамках действовавшего до дела *Miliangos* режима истец (не получивший оплату продавец, как было в деле *Miliangos*) мог без особых усилий предпринять шаги, чтобы избежать рисков, связанных с правилом «валюта суда/дата нарушения»: истец мог бы приобрести фьючерсный контракт, чтобы перенести свой риск с английских фунтов стерлингов обратно на франки[2]. Так, любое правило о валюте судебного решения несет в себе финансовые риски для истцов[3].

---

полнено в месте, где подлежат применению иностранные правила, устанавливающие валютные ограничения, – согласно английскому праву договорное обязательство не становится неисполнимым только в силу того факта, что оно противоречило бы праву того места, где оно должно быть исполнено (*Gleeson S.* Op. cit. P. 169).

[1] *Proctor C.* Op. cit. Par. 13.04.

[2] Эту точка зрения судья лорд Деннинг высказал в защиту правила о дате нарушения в деле *Havana Railways*. На самом деле, насколько нам известно, истец-продавец в деле *Miliangos* сделал именно это; он первоначально оценил свою претензию в фунтах стерлингов и наверняка знал о правиле даты нарушения. До дела *Miliangos* это правило было широко известно и применялось повсеместно; его первоначальные последствия с точки зрения распределения риска, что бы мы ни думали об их справедливости, были очевидны и легко обходились. Кроме того, надлежащее хеджирование рисков истцом позволяет не только избежать рисков, возникающих в связи с применением правила «валюта суда/дата нарушения», но и, если истец этого желает, заменить их на риски, связанные с правилом о дате платежа. То есть истец мог без больших усилий добиться результата, аналогичного тому, который был достигнут в деле *Miliangos* (*Black V.* Op. cit. P. 74).

[3] Точно так же, как не существует безрисковой формы для сохранения активов, не существует и такой формы компенсации, которая не несла бы в себе риска снижения (или, наоборот, роста) ее стоимости по отношению к другим товарам в ходе судебного разбирательства. Тем не менее твердое правило о дате конвертации действитель-

Переходя к обсуждению вопроса отхода сторон договора от номиналистского принципа, необходимо привести позицию известного правоведа Ф. Манна, по мнению которого, номинализм, будучи принципом договорного права, основан на предполагаемых намерениях сторон, которые под исполнением денежного обязательства подразумевают выплату номинальной суммы денег. При этом стороны уверены в стабильности валюты, в которой они заключили обязательство. В противном случае они бы включили валютные оговорки в свои обязательства[1]. Данный подход основан не на публичном интересе, в отличие от предыдущих подходов, а проникнут частноправовыми началами и важнейшим принципом частного права – принципом диспозитивности[2]. Диспозитивный характер номиналистского принципа видят в том, что стороны вольны в качестве единицы исчисления долга избрать не денежную единицу данной страны, а определенное весовое количество золота или иностранную валюту, поскольку на то нет особого запрета в действующем праве[3].

Как указывает Л.А. Новоселова, на практике широко используются механизмы, направленные на уменьшение рисков, связанных с возможным изменением покупательной способности определенного вида денег, среди которых различного рода гарантийные оговорки[4]. По мнению Ч. Проктора, номиналистский принцип сам по себе не означает недействительности таких защитных оговорок (*protective clauses*) (например, золотая и индексная оговорки). Хотя прямо это не сказано ни в одном английском решении, английское право рассматривает данные положения как действительные: принцип номинализма в английском праве отражает предполагаемое намерение сторон. Поэтому если стороны явно выразили свою волю согласиться об ином, то в таком случае превалирует данное волеизъявление. Следовательно, принцип номинализма не является императивным правилом, воля сторон имеет решающее значение[5].

---

но дает четкое понимание сторонам спора о тех рисках, которым они подвергаются (*Black V.* Op. cit. P. 74–77).

[1] *Mann F.A.* The legal aspects of money. Second edition. New York: Oxford University Press, 1954. P. 66.

[2] О диспозитивности номиналистского принципа в английском праве см. также: *Васильев Е.А.* Указ. соч. С. 142.

[3] *Лунц Л.А.* Указ. соч. С. 188.

[4] *Новоселова Л.А.* Проценты по денежным обязательствам. 2-е изд. М.: Статут, 2003.

[5] *Proctor C.* Op. cit. Par. 12.02–12.04. Тот же вывод справедлив и в тех странах, где принцип номинализма закреплен законом (например, во Франции) (Ibid. 12.02– 12.04.).

При этом, как показывает проведенный Ч. Проктором анализ, такого рода защитные оговорки являются действительными как не противоречащие ни законодательству о законном платежном средстве[1], ни пуб-

В силу диспозитивности положений п. 2 ст. 317 ГК РФ стороны договора могут согласовать иной курс пересчета, иной порядок или момент его определения (см.: Определение коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 13 октября 2015 г. № 5-КГ15-151; п. 29, 30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). При отсутствии такого соглашения, а равно в случае непредставления доказательств существования подобного специального курса и (или) порядка определения его размера подлежит применению официальный курс ЦБ РФ (п. 14 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

[1] Определенные трудности вызывает вопрос о том, влияет ли эмиссия конвертируемых бумажных денег (т.е. выпуск фиатных денег или обязательного средства платежа) на действительность защитных оговорок. По английскому праву, вне всякого сомнения, оговорки о золотой стоимости (*gold value clauses*) оставались действительными и подлежащими исполнению, несмотря на выпуск неконвертируемых бумажных денег, инициированный законом «О золотом стандарте» (поправка) 1931 г., – это видно в решении по делу *Feist v. Société Intercommunale Belge d'Électricité*, где было отмечено, что оговорка о золотой стоимости была сохранена, несмотря на положения закона «О валюте и банкнотах» 1928 г. (в котором, впрочем, ни прямо, ни подразумеваемо не сказано про недействительность подобных оговорок).

В США в ряде штатов суды признали золотые и серебряные оговорки недействительными как договорные условия, противоречащие законодательству, признающему законным средством платежа неконвертируемые банкноты доллара США. Однако Верховный суд США изменил этот подход (*Bronson v. Rodes and Butler v. Horwitz*), признав допустимыми подобного рода оговорки, но только на том основании, что они представляли собой обязательство доставить определенный вес золота.

Франция пошла по пути признания недействительными любого рода оговорок (золотых, валютных, товарных) как противоречащих законодательству о законном средстве платежа: законы о деньгах являются *d'ordre public* и, следовательно, обязательными для применения во французских судах. В результате кредитор не мог отказать в принятии оплаты бумажными деньгами в сумме, которая по закону считалась эквивалентной номинальной стоимости долга. То же правило действовало и при отмене индексных или товарных оговорок, если они предназначались для защиты кредитора от обесценивания стоимости денег, – это сводило на нет применение норм о законном платежном средстве и номиналистический принцип, но не в том случае, если бы существовала какая-то другая, подлинная экономическая причина для включения этой оговорки. Однако данный подход был основан исключительно на внутренних соображениях, в результате чего императивная норма применялась только к внутренним платежам, производимым между французскими гражданами в пределах Франции; она не распространяется на трансграничные платежи.

Все эти решения были отменены Кассационным судом Франции в деле 1957 г. В этом деле, касающемся займа во французских франках, предоставленного торговцем зерном фермеру и подлежащего погашению суммами исходя из цены пшеницы, суд постановил, что: а) соответствующие договорные положения не могут быть отменены на основании *ordre public*. Стороны на законных основаниях согласовали оговорки, которые защищают общую покупательную способность денег кредитора, посред-

личному порядку[1]. Таким образом, есть только одна возможность при-

ством отсылки к цене конкретного товара, другими словами, положения об индексации в принципе действительны в соответствии с французским законодательством; b) защитные оговорки не могут рассматриваться как угроза стабильности стоимости денег, поскольку вероятное воздействие таких оговорок в этой области является слишком неопределенным; c) недействительность защитных оговорок не может быть выведена из законодательства о законном платежном средстве, поскольку это не имеет ничего общего с внутренней покупательной способностью денег. На этом фоне оговорки о золотой стоимости и обязательства в иностранной валюте впоследствии были признаны действительными и подлежащими исполнению как в международных, так и в полностью внутренних делах. Данное правило из судебного решения было возведено в ранг законодательного положения.

Американский и французский подходы в этом смысле во многом схожи: сначала считалось, что защитные оговорки противоречат законодательству о законном платежном средстве, затем этот подход был опровергнут. Английский подход в этом смысле имеет отличие: суды прямо не рассматривали этот вопрос, однако имеющиеся источники, как представляется, подтверждают, что защитные оговорки не могут рассматриваться как противоречащие национальному законодательству о законном платежном средстве. Иной подход в Австралии (Ibid. 12.06–12.11).

[1] Внутреннее дело, рассмотренное судом Австралии в 1952 г.: индексная оговорка включает в себя меру материальной ответственности должника, а не способ исполнения: ни один принцип права не препятствует сторонам принимать фиксированную цифру в качестве основного денежного выражения обязательства и изменять обязательство таким образом, что уплачиваемая денежная сумма соответствует индексам, свидетельствующим о различии уровней цен; это всего лишь метод измерения текущего обязательства по договору. Представляется, что этот анализ является совершенно правильным в том смысле, что при толковании договора и стремлении определить размер обязательства в соответствии с его условиями не может возникнуть никаких вопросов о публичном порядке.

В деле *Multiservice Bookbinding v. Marden* Браун Вилкинсон отверг утверждение о том, что индексированные денежные обязательства противоречат публичному порядку. В этом деле английская ипотека включала положение о том, что «сумма денежных средств, обеспеченных настоящим договором, должна быть увеличена или уменьшена пропорционально, если обменный курс между швейцарским франком и фунтом стерлингов будет колебаться более чем на 3% от курса франков к 1 фунту стерлингов». Хотя ипотека может быть неосуществима в той мере, в какой ее условия являются несправедливыми и кабальными, простое добавление индексной оговорки само по себе не свидетельствует об этом. В этих обстоятельствах следует приветствовать безоговорочное отклонение судьей аргумента о нарушении публичного порядка. Суд также постановил, что он не обладает полномочием предоставлять справедливую помощь только потому, что стерлинг обесценился и должники в результате этого будут испытывать трудности. Эта линия рассуждений была впоследствии поддержана Питером Гибсоном (*Peter Gibson J.*), который считал, что строительные общества могут предоставлять ипотечные кредиты, процентная ставка по которым изменяется в зависимости от индекса розничных цен.

Можно добавить, что индексные оговорки неоднозначно воспринимаются в других юрисдикциях. Апелляционный суд Британской Колумбии постановил, что индексная оговорка в ипотеке не является несправедливым или кабальным положением или

знать недействительными золотые и иные защитные оговорки – прямой законодательный запрет, к которому прибегают, когда по каким-либо причинам имеется необходимость обеспечить строжайшее соблюдение номиналистического принципа. Отсутствие в английском праве подобных запретов сегодня является еще одним доказательством того, что в настоящее время защитные оговорки считаются действительными в соответствии с английским правом. Однако отмечается, что попытки законодательного закрепления строгого номинализма время от времени предпринимаются[1].

препятствием для выкупа собственного капитала. В США суды отказывались применять индексные оговорки в тех случаях, когда в результате их применения подлежащая уплате сумма была завышена, что противоречило местным законам о ростовщичестве. Французский Кассационный суд поддержал положения об индексации на том основании, что они не противоречат принципу номинализма, и на том основании, что они согласуются с французским взглядом на международную публичную политику. Суд также пришел к выводу, что золотая оговорка, регулируемая канадским законодательством, может быть исполнена во Франции, даже несмотря на то, что это положение было лишено юридической силы в соответствии с законодательством самой Канады. Совсем недавно Кассационный суд имел возможность рассмотреть вопрос о действии оговорки в иностранной валюте, которая предусматривала возможность оплаты либо во французских франках, либо в японских иенах. Это решение является неудовлетворительным, поскольку, отметив международный характер договора, суд не смог определить применимое к нему право и просто оценил действительность валютной оговорки со ссылкой на французское право (Ibid. 12.12–2.14).

[1] Еще в 1352 г. считалось преступлением дарить или получать любые чеканные золотые или серебряные монеты на сумму, превышающую их текущую или номинальную стоимость. В период действия банковских ограничений это законодательство не позволяло трейдерам открыто указывать две цены на товары: одну для оплаты в гинеях, а другую – для оплаты в бумажных банкнотах; однако такая практика существовала тайно, и обычно покупали гинеи за банкноты по цене, превышающей номинальную стоимость. Два неизвестных человека были привлечены к уголовной ответственности за это преступление, но в конечном счете были оправданы. Однако результат этого решения был быстро нивелирован парламентом, который запретил любые «устройства, отступления или ухищрения», связанные с оплатой или получением золотой монеты на сумму, превышающую ее стоимость как законного платежного средства или номинальную стоимость. Эти законы, хотя и представляют некоторый исторический интерес, давно уже были отменены и впоследствии не появлялись в нашей стране вновь. Но многие страны чувствовали себя вынужденными из-за монетарных волнений признать недействительными золотые и другие защитные оговорки. Наиболее примечательно, что США аннулировали золотые оговорки в резолюции Конгресса от 5 июня 1933 г., которая применялась ко всем обязательствам, требующим выплаты долларов США «золотом или определенным видом монеты или валюты». Эта резолюция требовала, чтобы исполнение обязательств в США осуществлялось в долларах США, и это было истолковано таким образом, что любое обязательство или опцион на уплату в иностранной валюте, сопровождаемые золотой оговоркой, не подлежали исполнению. Более сорока лет спустя после демонетизации золота совместная резолюция была отменена в отношении будущих обязательств Законом от 28 октября 1977 г.,

Так, во Франции индексные оговорки впервые были запрещены в 1958 г.; соответствующие положения теперь содержатся в *Code Monétaire et Financier*. Номинализм как вопрос денежного права рассматривается в контексте национальной экономической политики, поэтому индексные оговорки рассматриваются как недействительные по причине их противоречия законодательству[1]. Немецкое законодательство также давно запрещает положения о сохранении ценности (*value mainten an ceprovisions*), которые имеют своим следствием отрицание принципа номинализма. В разд. 3 Закона о валюте (*Währungsgesetz*) предусматривается следующее положение: «Денежные обязательства, выраженные в валюте, отличной от немецкой марки, требуют разрешения компетентного органа. Это также относится к денежным обязательствам, сумма которых в немецкой марке определяется обменным курсом другой валюты или ценой определенного количества чистого золота или другими товарами и услугами».

Эта законодательная защита номиналистского принципа применялась только к внутренним контрактам; так или иначе это положение было отменено после введения евро. Однако Германия продолжала защищать номинализм, приняв Закон «О правилах ценообразования». Этот Закон, в свою очередь, был заменен Законом (*Preisklauselgesetz*), ограничивающим индексные оговорки в некоторых отношениях. Статья 1 этого Закона предусматривает следующее: «Сумма денежных обязательств не должна определяться непосредственно и автоматически ценой или ценностью других товаров или услуг, которые не аналогичны (сопоставимы) товарам или услугам, являющимся предметом договора...

Существует ряд исключений из этого положения, включая (i) договоры, в которых цена привязана к аналогичным (сопоставимым)

тем самым положив конец периоду, в течение которого золотые и аналогичные оговорки признавались недействительными (Ibid. 12.15–12.16).

[1] Общее правило о запрете автоматической индексации цен на товары или услуги применяется также к индексным оговоркам в договорах аренды и трудовых договорах. Однако существуют исключения для финансовых контрактов и коммерческих займов или аренды. Индексация трудовых договоров допускается до тех пор, пока она соотносится с прожиточным уровнем. Французские суды применили эти положения к некоторым видам оговорок об иностранной валюте, признав, что применение таких положений имеет аналогичный эффект, как у индексных оговорок. Однако этот подход применяется только в тех случаях, когда речь идет о чисто внутреннем споре. Автор отмечает, что этот подход вызвал сложности на принадлежащих Франции территориях, близких к иным государствам (видимо, имеется в виду Квебек и прочие), где заключение договоров с иностранным элементом встречается чаще (Ibid.12.17–12.19).

товарам или услугам; (ii) положения о корректировке цены соответственно издержкам, которые непосредственно влияют на исполнение поставщика; (iii) положения, которые могут привести только к снижению цены; (iv) финансовые договоры и договоры на рынках капитала; (v) договоры с лицами, проживающими за пределами Германии»[1].

По мнению Ч. Проктора, золотые оговорки обычно применялись в попытке сохранить реальную стоимость требования кредитора и в периоды денежной стабильности оставались неприкосновенными, когда не было необходимости ссылаться на них; они отменялись именно в тот момент времени, когда могли бы начать служить своей цели, что, несомненно, несправедливо по отношению к кредитору, который лишен средств защиты, о которых он сам договаривался[2]. В равной степени широкое использование индексных или аналогичных защитных оговорок, несомненно, приведет к нежелательным социальным диспропорциям[3]. Следовательно, законодатель должен принять взвешенное политическое решение о защитных оговорках во времена экономической стабильности и должен соблюдать это решение во времена кризиса. Учитывая, что многие аргументы о достоинствах индексных оговорок носят экономический (а не юридический) характер, судебным органам не следует узурпировать роль законодателя в этой области; следовательно, они должны в целом соблюдать условия согласованной сделки[4].

Проведенный анализ дает основания для нескольких важных выводов. Так, принцип номинализма в определенной степени сводится к фундаментальному принципу *pacta sunt servanda*, т.е. должник обязан исполнить свое обязательство в том виде, о котором стороны изначально договорились[5] и надлежащим образом (в частности, соблюсти

[1] Тем не менее, по мнению Ч. Проктора, Германия утратила возможность устанавливать такого рода нормы, так как вопросы, касающиеся принципа номинализма, являются неотъемлемой частью денежного или валютного права, и суверенитет в таких вопросах был передан Европейскому союзу после создания единой валюты. Таким образом, действительность приведенных выше положений весьма сомнительна, но до сих пор отсутствует какой-либо прецедент, касающийся данного вопроса (Ibid. 12.21–12.23).

[2] Ibid. 12.31–12.32.

[3] Кроме того, хотя экономисты, возможно, и не единодушны в этом вопросе, существует поддерживаемое большинством мнение о том, что индексные оговорки могут способствовать развитию инфляционных тенденций (Ibid. 12.34).

[4] Ibid. 12.35.

[5] Ср. с приведенным подходом к расчету компенсации в зависимости от объективной (рыночной) стоимости предоставления на момент заключения договора в соответствии с принципом номинализма: согласно данному подходу продавец не несет «време-

условия о качестве и количестве встречного предоставления)[1]. Однако право выработало механизмы корректировки таких договоренностей, продиктованные, как было показано, как политико-правовыми соображениями (привлекательность юрисдикции для разрешения спора, поддержание экономики страны суда, благоприятствование повышению уровня международных отношений и пр.), так и частноправовыми, а именно следованием принципу справедливой компенсации и в более общем плане принципу добросовестности[2].

ни снижения цены из-за устаревания предмета предоставления на рынке, но и не получает компенсации за то, что со временем его рыночная цена, напротив, стала большей (к примеру, из-за инфляции, из-за увеличения спроса при неизменном предложении и пр.)»; «покупатель тоже не несет бремени удорожания предмета из-за обесценивания денег, не извлекает выгод из снижения его стоимости и получает назад уплаченную им цену без ее переоценки» (см.: *Усачева К.А.* Расчет компенсации в случае невозможности возврата полученного в натуре при расторжении нарушенного договора // Закон. 2017. № 6. С. 118–134; *Она же.* Единая модель реституционных отношений в проектах реформирования французского и швейцарского обязательственного права (часть вторая: основные прикладные вопросы реституции) // Вестник гражданского права. 2016. № 1. С. 47 –142.

[1] В этом смысле рассуждения о возможности более простой адаптации условий договора аренды к рыночным условиям в сравнении с договором займа, так как полученная взаймы сумма должна быть возвращена, представляются лишенными правовой аргументации (см.: *Ерохова М.А.* Влияние девальвации рубля на договор аренды // О договорах: сб. ст. к юбилею В.В. Витрянского. М.: Статут, 2017. С. 74).

А.Г. Зейц полагает, что там, где в результате экономического кризиса и последовавшего вслед за этим обесценения денег «происходит глубокое, непредвиденное расхождение между ценностью исполнения и контрисполнения, было бы несправедливо заставлять должника исполнять лежащие на нем обязанности, ибо двусторонний договор отнюдь не есть твердая неизменная величина – он имеет функциональное значение служить обмену соответствующего предоставления на соответствующий эквивалент». И далее в этой же статье автор пишет: «Мировая война и следовавшие за ней изменения вызывали ненормальные условия. Исполняя свою обязанность, должник не мог более рассчитывать на получение хотя бы приблизительного эквивалента. Этим самым делается невозможным самый обмен, ибо обмен всегда предполагает передвижение равных ценностей. При таких условиях интересы оборота требовали освобождения должника от лежащих на нем обязанностей». В связи с этим перед юристами-учеными и практиками возник вопрос: можно ли в случае подобных экономических кризисов отступить от принципа номинализма с целью предотвратить разорение многих субъектов экономики? (*Зейц А.Г.* Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров (*clausula rebus sic stantibus*) // Вестник гражданского права. 2013. № 5).

[2] О правиле *pacta sunt servanda* и его связи с принципом добросовестности см.: *Нам К.В.* Статья 451 ГК РФ и доктрина существенного изменения обстоятельств // Вестник гражданского права. 2019. № 6. С. 137–154; *Он же.* Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М.: Статут, 2019.

Конечно, нельзя отрицать, что не существует безрисковых сделок. Риск присущ любому гражданско-правовому договору в той или иной степени, даже если в нем отсутствует такой элемент, как иностранная валюта[1]. Так, если денежное обязательство между российскими резидентами заключено в рублях, существует риск резкого возрастания или падения курса рубля, что поставит одну сторону в более выгодное положение, а другую – в менее выгодное, и этот риск повышается, если договор имеет долгосрочный характер[2]. Так, например, в литературе указывается на то, что «в некоторых зарубежных юрисдикциях (США, Англия, Швейцария) сформировался подход, при котором заключение долгосрочного договора с фиксированными ценами означает принятие сторонами всех и любых рисков возможного существенного изменения обстоятельств по аналогии с заключением алеаторных сделок»[3].

На этом фоне представляется, что принцип номинализма призван дать сторонам договора определенность относительно правовых последствий заключенной ими сделки. Договорившись о предоставлении определенного количества единиц валюты, сторона вне зависимости от внешних обстоятельств будет должна это же количество единиц[4]. С этой точки зрения нельзя согласиться с утверждением М. Ероховой, согласно которому недостатком принципа номинализма является возложение на участников оборота последствий действий властей, которые находятся вне сферы контроля таких участников[5], поскольку

[1] По общему правилу снижение покупательной стоимости денег является риском кредитора по денежному обязательству (продавца, подрядчика, арендодателя и т.п.), а снижение стоимости товара, работы или услуги – риском кредитора по неденежному обязательству (покупателя, заказчика, арендатора и т.п.) (*Бевзенко Р.С., Егоров А.В.* Адаптация договора к изменившимся обстоятельствам и добросовестность сторон // О договорах: сб. ст. к юбилею В.В. Витрянского. С. 59).

[2] См.: *Щербаков Н.Б.* Основные подходы к определению юридической природы «алеаторных сделок» // Вестник гражданского права. 2006. № 1.

[3] О влиянии долгосрочности на риск сторон договора см., например: *Сайфуллин Р.И.* Банкротство арендодателя: судьба обременения в виде права аренды // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 10. С. 86–136.

[4] Л.А. Новоселова приводит пример сильнейшей инфляции, которая имела место в 1990-х гг.: арбитражные суды в этот период «достаточно строго придерживались принципа номинализма и, как правило, отвергали требования кредиторов о переоценке денежных долгов, указывая, что такой перерасчет возможен лишь в случаях, прямо указанных в законодательстве» (*Новоселова Л.А.* Указ. соч.).

[5] *Ерохова М.А.* Влияние девальвации рубля на договор аренды // О договорах: сб. ст. к юбилею В.В. Витрянского. С. 74.

вне сферы их контроля находится падение или рост рыночной цены любого товара.

Проведенный анализ показал некую дихотомию между принципом номинализма и принципами справедливой компенсации и добросовестности[1]. Так, последние два названных принципа призваны бороться с теми кажущимися несправедливыми результатами, к которым приводит следование номиналистскому принципу[2], посредством выбора даты пересчета валюты или применения иных механизмов корректировки договоренностей сторон[3]. Примечательно, что ссылка на добросовестность была использована судом первой инстанции при вынесении им решения по громкому спору между ПАО «Вымпел-Коммуникации» и ПАО «Тизприбор», в котором в результате резкой девальвации рубля арендатор согласно заключенному договору стал вынужден уплачивать арендные платежи, которые были в несколько раз выше среднерыночных значений. Это произошло по причине изначальной привязки размера арендных платежей к курсу доллара США, действовавшему на дату очередного платежа[4]. При этом решение апелляционной инстанции было вынесено согласно правилу *pacta sunt servanda*[5].

---

[1] Данное утверждение весьма удачно иллюстрирует приведенное Т.Г. Очхаевым решение, вынесенное Высшим Имперским судом Германии по спору, возникшему в условиях гиперинфляции: «Решение основано на великой концепции доброй совести, которая определяет наш правопорядок, и подтверждается тем, что, последовательно поддерживая идею равенства марки марке, мы бы совершили великую несправедливость, которая невозможна в правовом государстве (*Rechtsstaat*)... концепция доброй совести выделяется из отдельных законов или конкретных положений позитивного права. Ни один правопорядок, который заслуживает таковым именоваться, не может существовать без этого фундаментального принципа» (*Очхаев Т.Г.* Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств. М.: Статут, 2017).

[2] Хиршберг отмечает, что применение принципа номинализма кажется несправедливым (*Hirshberg E.* Op. cit. P. 49).

[3] При этом нельзя не согласиться со следующим соображением: «Нежелание менять договор по общему правилу не может быть признано недобросовестным поведением. Добросовестность не означает отношение к другому лучше, чем к самому себе, она является ограничителем эгоизма участников оборота, но не может пониматься как социальный идеал, ориентируясь на который следует предпочесть собственные интересы интересам другого лица» (*Бевзенко Р.С., Егоров А.В.* Указ. соч. С. 59).

[4] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 1 февраля 2016 г. по делу № А40-83845/15-54-532.

[5] «Что касается выводов суда о недобросовестном поведении стороны договора, суд не указал, в чем выразилось злоупотребление правом ответчика, вытекающим из условий договора, и в результате каких конкретно действий, учитывая, что арендодатель

О выборе даты конвертации и ее влиянии на распределение рисков для сторон договора уже было сказано. Здесь же отметим, что установление строгого правила о необходимости конвертации иностранной валюты в национальную, будучи отходом от принципа номинализма, в определенной степени повышает риски для сторон сделки, так как, в сущности, это означает отход от количества изначально оговоренного предоставления[1]. Эти риски могут быть снижены за счет применения принципа справедливой компенсации и предоставления суду права выбора наиболее справедливой даты пересчета валюты (что имело место в деле *Miliangos*). Однако в отсутствие возможности такого усмотрения наличие общего правила[2] на этот счет может приводить к несправедливым результатам.

Несправедливость, вызванная применением принципа номинализма, равно как и применением правил, отрицающих номинализм, сдер-

всего лишь настаивает на исполнении договора арендатором на согласованных сторонами условиях. Отказ арендодателя от согласования нового размера арендной платы и изменения в связи с этим договора не свидетельствует о злоупотреблении правом одной из сторон сделки, как и не свидетельствует об этом включение в условия договора валютной оговорки, что прямо предусмотрено п. 2 ст. 317 Гражданского кодекса РФ» (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 29 марта 2016 г. № 09АП-8243/2016-ГК по делу № А40-83845/15).

[1] В России согласно п. 3 ст. 317 ГК РФ установлены ограничения на использование иностранной валюты в качестве валюты платежа: это допускается лишь в случаях, порядке и на условиях, определенных валютным законодательством или в установленном им порядке. При этом установлено, что по общему правилу валютой долга является рубль (ст. 140, п. 1 ст. 317 ГК РФ). Если договором предусмотрено, что и валютой долга, и валютой платежа является иностранная валюта, однако в силу правил валютного законодательства данное обязательство не может быть исполнено в иностранной валюте, такое договорное условие должно рассматриваться как предусмотренное п. 2 ст. 317 ГК РФ условие о валютной оговорке, если только при толковании договора в соответствии с правилами ст. 431 ГК РФ суд не придет к иному выводу (п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70).

[2] По общему правилу в России действует валютная оговорка (п. 2 ст. 317 ГК РФ): стороны могут использовать иностранную валюту в качестве валюты долга, однако валютой платежа по такому обязательству будет национальная валюта. При использовании в качестве валюты долга иностранной валюты подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты на день фактического платежа. Под официальным курсом понимается отношение (курс) этих валют к рублю, устанавливаемое ЦБ РФ. Если ЦБ РФ не устанавливает курс иностранной валюты к рублю, должны использоваться данные о курсе этой валюты, устанавливаемом уполномоченным органом (банком) соответствующего государства или международной организацией к одной из иностранных валют, котируемых ЦБ РФ (п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

живается и дополнительными механизмами, в первую очередь за счет различного рода оговорок, установленных сторонами договора, о чем говорилось ранее. При этом в российском законодательстве, стороны сами могут согласовать иной курс пересчета, иной порядок или момент его определения в силу диспозитивности п. 2 ст. 317 ГК РФ[1]. Кстати, в потребительском законодательстве установлено императивное правило об определении цены товаров, работ, или услуг (валюты долга) в рублях, т.е. действует принцип номинализма[2].

Одним из таких механизмов является ст. 451 ГК РФ, посвященная существенному изменению обстоятельств, спорность применения которой к случаям изменения курса валют или инфляции вызывает известные дискуссии[3]. Наконец, в литературе указывается и на механизмы, в определенной степени игнорирующие свободу договора[4] или как минимум существенно сдерживающие усмотрение сторон относительно цены сделки. Речь идет об инструментарии, позволяющем адаптировать цену сделки к изменению уровня среднерыночных цен, например, п. 1 ст. 174 ГК РФ дает возможность оспорить сделку, если ее цена изначально завышена или занижена[5]; п. 2 ст. 428 ГК РФ позволяет суду изменить или расторгнуть договор, если нерыночная цена была навязана стороне договора.

Л.А. Новоселова тоже рассматривает в качестве отступления от принципа номинализма попытки арбитражных судов взыскать убытки при нарушении договорных обязательств с учетом инфляционных про-

---

[1] См.: Определение коллегии по гражданским делам ВС РФ от 13 октября 2015 г. № 5-КГ15-151; п. 29, 30 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

При отсутствии такого соглашения, а равно в случае непредставления доказательств существования подобного специального курса и (или) порядка определения его размера подлежит применению официальный курс ЦБ РФ (п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

[2] См. п. 2 ст. 10 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-I «О защите прав потребителей».

[3] См., в частности: *Скловский К.И.* Проблемы применения нормы ст. 451 ГК РФ: валютная оговорка и баланс интересов сторон договора // Вестник экономического правосудия РФ. 2016. № 7. С. 64–77; *Зейц А.Г.* Влияние изменившихся обстоятельств на силу договоров (*clausula rebus sic stantibus*) // Вестник гражданского права. 2013. № 5; *Ерохова М.А.* Указ. соч.; *Нам К.В.* Указ соч.; *Иванов А.А.* Указ. соч.; *Бевзенко Р.С, Егоров А.В.* Указ. соч.; *Багаев В.* Указ. соч. и др.

[4] О свободе договора в рассматриваемом контексте см.: *Иванов А.А.* Указ. соч.

[5] См. также: п. 93 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

цессов[1], а также инициативы по созданию возмещения потерь от инфляции[2]. Она делает справедливым общий вывод о неприемлемости принципа номинализма к отношениям, в которых сумма по денежному обязательству выплачивается непосредственно на содержание гражданина: в возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью, по договору пожизненного содержания и в других случаях[3].

[1] Информационное письмо ВАС РФ от 10 сентября 1993 г. № С-13/ОП-276 (п. 6) // Правовое регулирование безналичных расчетов в Российской Федерации. М.: Де-Юре, 1995. С. 501. Схожего мнения об исключениях из номиналистского принципа придерживаются также: *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009; Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности: монография / В.К. Андреев, Л.В. Андреева, К.М. Арсланов и др.; отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2016; *Степанченко А.В.* Указ. соч.

В связи с этим представляется категорически неверным утверждение о том, что «необходимость индексации вызвана тем, что право придерживается так называемого принципа номинализма...» (Арбитражный процесс: учебник / А.В. Абсалямов, Д.Б. Абушенко, К.Л. Брановицкий и др.; отв. ред. В.В. Ярков. 7-е изд. М.: Статут, 2017). Ср. с примером В. Блэка относительно издержек и процентов выше.

[2] Федеральный закон от 10 мая 1995 г. № 73-ФЗ «О восстановлении и защите сбережений граждан Российской Федерации».

[3] *Новоселова Л.А.* Указ. соч.; ст. 318, п. 2 ст. 590, п. 2 ст. 596, ст. 1091 ГК РФ. См. подробнее: *Добрачев Д.В.* Взыскание основного денежного долга и убытков в гражданском праве России // 2009. СПС «КонсультантПлюс»; Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности: монография / Андреев В.К., Андреева Л.В, Арсланов К.М. и др.; отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2016.

# ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

**А.С. Ворожевич**

## ГРАНИЦЫ И ПРЕДЕЛЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ: СУЩНОСТЬ, ПРИНЦИПЫ И ПРОБЛЕМЫ УСТАНОВЛЕНИЯ

1. Исключительные права служат не только частным, но и общественным интересам. Они представляют собой инструменты стимулирования деятельности, оправданной с позиции ценности, назначения соответствующего института (авторского права, смежных прав, патентного права, средств индивидуализации). Так, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности стимулируют участников оборота к созданию и коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности, вложению средств в их коммерциализацию (преобразованию в коммерчески привлекательный продукт, промышленному внедрению) и, как следствие, являются определяющим фактором инновационного и культурного развития.

Исключительные права на средства индивидуализации побуждают участников оборота к добросовестному ведению бизнеса, поддержанию (повышению) качества их товаров. При этом они обеспечивают реализацию основной функции таких объектов – индивидуализацию (выделение среди однородных) товаров, бизнеса предпринимателя, информирования потребителей об источнике происхождения товаров.

Действует следующая логика: участники оборота готовы вкладывать средства в то, что в последующем смогут эксклюзивно использовать (в том числе посредством воплощения в продукте) и что сможет обеспечить им конкурентное преимущество.

Реализация указанных функций не требует между тем предоставления правообладателю полного господства над объектом интеллектуальной собственности. Напротив, неограниченный контроль правообладателя может привести к противоположным результатам: блокировать научно-культурное и инновационное развитие. Результаты интеллектуальной деятельности в экономическом смысле – публичные блага. В конкретный момент времени их может использовать в своем интересе неограниченный круг лиц. При этом такие объекты могут обладать существенным социально-экономическим значением, в том числе в научно-образовательной, производственной сферах. В таком случае есть серьезные общественные интересы в обеспечении свободного доступа иных лиц к использованию результатов интеллектуальной деятельности, что, в свою очередь, предполагает ограничение исключительных прав.

Перед правом стоит сложная задача. С одной стороны, необходимо обеспечить «сильные» исключительные права, возможность правообладателей эффективно устранять из сферы использования разработки всех конкурентов. С другой – установить систему изъятий и ограничений, позволяющих заинтересованным лицам получить ограниченный доступ к чужим результатам интеллектуальной деятельности в целях реализации общественных интересов.

Со средствами индивидуализации ситуация обстоит иным образом. Такие объекты являются частными благами. С их одновременным использованием множеством лиц не связано правомерных общественных и частных интересов. Функции исключительных прав могут быть обеспечены лишь при условии их последовательного атрибутирования правообладателю. Вместе с тем важно понимать следующее. Такие объекты не являются результатом творческой, изобретательской деятельности. Они обладают ценностью не сами по себе, а исключительно как средства индивидуализации товаров и услуг, бизнеса правообладателя, указателя на источник происхождения товара; инструменты снижения издержек на совершение потребительского выбора, как средства недопущения введения потребителей в заблуждение. Притом что у обозначений, выступающих в качестве средств индивидуализации, может быть самостоятельное лексическое значение[1], контроль правообладателя может распространяться лишь на использование обозначения в качестве средства индивидуализации, указателя на правообладателя как источник происхождения товаров, работ, услуг; на конкретный бизнес.

[1] Они могут использоваться не только в качестве средств индивидуализации.

Таким образом, можно заключить, что для обеспечения баланса частных и общественных интересов в интеллектуальной сфере принципиально важно точно провести черту между сферой господства правообладателя и сферой свободного использования объекта интеллектуальной собственности (отдельных его элементов).

Здесь, однако, необходимо обозначить еще одну проблему. В отношении конкретных объектов интеллектуальной собственности могут возникнуть специфические конфликты интересов, обусловленные особенностями таких объектов и поведением правообладателей, которые могут оказаться крайне деструктивными для инновационной системы, научно-технического и культурного развития. Так, согласно исследованию В.Н. Коэна (*W.N. Cohen*) более 70% инновационных компаний получают патенты с единственной целью блокировать бизнес своих конкурентов[1]. В сфере патентного права сложилась практика создания компаний исключительно с намерением приобретения патентов и предъявления исков к эффективно работающим производителям («патентный троллинг») ради получения от них несоразмерного вознаграждения за использование патентоохраняемых объектов.

В силу того, что такие конфликты не являются характерными (универсальными) для соответствующей разновидности исключительных прав (авторских, патентных, на средства индивидуализации), их нельзя учесть и предотвратить при установлении объема (степени) господства правообладателя, разграничения эксклюзивного и свободного использования. Необходимы специальные гибкие стандарты оценки поведения, действий конкретных правообладателей; механизмы пресечения конкретных правореализационных практик.

Из сказанного выше следует необходимость в двух институтах, ограничивающих исключительные права: в первом случае – само право, во втором – действия по его осуществлению. При этом они основываются на общих принципах (прежде всего баланса частных и общественных интересов), поэтому к их установлению и разработке необходимо подходить с различных позиций.

2. Проблема заключается в том, что ни в одном правопорядке до сих пор не было разработано четкой и эффективной системы ограничений исключительных прав, не выделены различные уровни, правовые инструменты их установления.

[1] *Cohen W.M., Nelson R.R., Walsh J.P.* Protecting their intellectual assets: appropriability conditions and why U.S. manufacturing firms patent (or not) (http: //www.nber.org/ papers/ w7552).

На уровне Соглашения ТРИПС определены лишь общие требования, критерии, которым должны соответствовать «ограничения и исключения (изъятия) из исключительных прав» (ст. 13 и 30). При этом система таких ограничений не раскрыта.

В актах, действующих на уровне ЕС, также применяется термин «исключения и ограничения»[1]. В ст. 5 Директивы 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе» (Брюссель, 22 мая 2001 г., далее – Директива о гармонизации) данное понятие раскрывается через перечисление действий, которые могут совершить иные лица в отношении охраняемого результата интеллектуальной деятельности без согласия на то правообладателя. При этом Директива не определяет, какие из перечисленных действий относятся к ограничениям, а какие к исключениям. По сути, термин «ограничения и исключения» используется для обозначения одного института.

В доктрине можно выделить несколько подходов к раскрытию ограничений исключительных прав. В первом авторы определяют общий институт «ограничений», «пределов исключительных прав» через перечисление в качестве однопорядковых всех возможных институтов, которые тем или иным образом ограничивают контроль правообладателя: случаи свободного использования объекта, исчерпание права, право преждепользования, принудительные лицензии[2]. В рамках второго подхода данный перечень дополняется также ограничениями, связанными с предоставлением исключительных прав (например, перечень объектов, которые не являются объектами авторских прав)[3]. В соответствии с третьим подходом ограничения, изъятия из исключительных прав сводятся к установленным случаям свободного использования объекта[4]: «...случаям, на которые, если исходить из общего определения соответствующего

[1] Статья 5 Директивы 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского союза «О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе» (Брюссель, 22 мая 2001 г.)

[2] *Stieger W.* Das Recht aus dem Patent und seine Schranken: Dissertation. Zürich, 2001. S. 78.

[3] *Okediji R.* The international copyright system: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries // UNCTAD-ICTSD Iss. Paper No. 15. 2006.

[4] *Samuelson P.* Justifications for Copyright Limitations & Exceptions (https://www.law.berkeley.edu/files/Justications_for_Copyright_Limitations_and_Exceptions_-_Pamuela_Samuelson.pdf).

исключительного права, исключительное право должно было бы распространяться, действовать, но в силу прямого указания в законе не распространяется»[1].

Ни один из обозначенных подходов не является корректным. Применительно к исключительным правам (равно, как и к иным субъективным гражданским правам) необходимо говорить о трех институтах, ограничивающих сферу контроля правообладателя объекта интеллектуальной собственности, доступные ему правореализационные модели: границы исключительного права, пределы осуществления права и обременения.

3. Начнем с границ исключительного права.

Как писал В.П. Грибанов, всякое субъективное право, будучи мерой возможного поведения управомоченного лица, имеет определенные границы как по своему содержанию, так и по характеру его осуществления[2]. Границы исключительного права не указывают на процесс сужения некоего изначально более широкого права. Они определяют изначальные объективные «параметры» такого права, «координаты» сферы контроля правообладателя.

Границы исключительного права представляют собой правовой институт, разделяющий сферу контроля правообладателя над использованием объекта и сферу свободного использования объекта всеми иными лицами.

«Внутри» подобных границ правообладатель опирается на право, его действия представляют собой осуществление права. Он может запрещать всем иным лицам использовать объект. «Снаружи» любое иное лицо может использовать объект интеллектуальной собственности без согласия на то правообладателя.

Можно выделить четыре вида границ исключительных прав.

Во-первых, временные границы исключительного права. Они определяются сроком существования такого права. Правообладателю предоставляется время на то, чтобы эффективно коммерциализировать результат интеллектуальной деятельности, покрыть свои издержки и получить прибыль. После этого любой иной субъект получает доступ к объекту, что служит научно-техническому и культурному развитию. У исключительных прав на средства индивидуализации нет временных

[1] *Гаврилов Э.П.* Ограничения исключительного авторского права // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2015. № 5. С. 2–13.

[2] *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. С. 22.

границ[1]. Это объясняется тем, что с их переходом в общественное достояние не связано значимых правомерных частных и общественных интересов. Иное решение привело бы к крайне негативным последствиям: потребители были бы введены в заблуждение в связи с выходом на рынок товаров от нескольких производителей; участники рынка дестимулированы к продвижению своего бренда, добросовестной конкуренции.

Во-вторых, территориальные границы исключительного права определяются территорией, на которой правообладатель контролирует использование объекта интеллектуальной собственности. Предоставляемые в соответствии с ГК РФ исключительные права распространяются по общему правилу на территорию Российской Федерации. Подобные границы установлены в целях обеспечения баланса интересов государств с различным уровнем инновационного развития, эффективной реализации исключительного права. Так, если разработчик не заинтересован в рынке конкретного государства, не готов платить пошлины за выдачу и поддержание патента, то вряд ли можно признать оправданной ситуацию, при которой государство будет гарантировать ему патентные права.

В-третьих, содержательные границы. Они устанавливаются посредством указания: а) на доступный правообладателю перечень правомочий – способов эксклюзивного использования объекта интеллектуальной собственности; б) на способы использования объекта интеллектуальной собственности третьими лицами без согласия на то правообладателя.

Так, в сфере авторского права в международном масштабе сформировалось два подхода к установлению содержательных границ: американский и континентально-европейский. Первый подход основан на доктрине добросовестного использования (*fair use*). Речь идет о «тесте» – совокупности абстрактных условий, при наличии которых допускается использование произведения без санкции правообладателя. Так, ст. 107 Закона об авторском праве США установила четыре критерия для определения допустимости использования объекта авторского права без согласия правообладателя: 1) цель и характер использования, включая оценку, имеет ли такое использование коммерческий

[1] Товарные знаки в данном случае не представляют собой исключения. В соответствии с п. 1 ст. 1491 ГК РФ срок действия исключительного права на товарный знак составляет 10 лет с даты подачи заявки на государственную регистрацию товарного знака. Между тем существует возможность продления данного срока неограниченное число раз.

характер или осуществляется для некоммерческих образовательных целей; 2) характер работы; 3) объем и существенность заимствования в отношении охраняемой работы в целом; 4) воздействие, которое такое использование оказывает на потенциальный рынок или ценность охраняемого произведения. Данный базовый четырехуровневый тест дополняют частные (специальные) тесты, выработанные судебной практикой или участниками соответствующего рынка субъектами.

Второй подход заключается в установлении на законодательном уровне четкого перечня случаев свободного использования чужих произведений. При этом законодатель учитывает: 1) способ использования произведения (воспроизведение, распространение и пр.); 2) цель использования; 3) сферу использования; 4) объем использования. К таким случаям, как правило, относится правомерное цитирование и иллюстрирование, использование в личных целях, пародийное использование, свободное использование произведения библиотеками и образовательными организациями и т.п.

Первый подход является более гибким. В условиях трансформации инновационных процессов, цифровых вызовов у судов есть возможность определить новые случаи свободного использования, не дожидаясь законодателя. Другой вопрос, что на практике американские суды не слишком активно пользуются такими дискреционными полномочиями. На уровне прецедентных решений были выработаны как перечень случаев свободного использования, так и достаточно конкретные условия, критерии их применимости. При этом, как было справедливо отмечено В.О. Калятиным, изъятия для сферы частного использования в праве США в целом становятся еще более узкими, чем в законодательстве стран континентального права[1]. Некоторые авторы даже видят смену парадигмы в американском праве: переход от понимания авторского права как специальной модели, закрепляющей компромисс ради определенных общественно полезных целей, к признанию права полного контроля правообладателя за использованием произведения[2].

Как будет показано ниже, американскими судами предпринимались попытки расширить перечень изъятий из исключительных прав применительно к цифровой сфере. Между тем это не увенчалось осо-

[1] *Калятин В.О.* О некоторых тенденциях в развитии концепции «добросовестного использования» в современном авторском праве стран «общего права» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. С. 140.

[2] *Litman J.* Digital Copyright. Amherst, N.Y.: Prometheus Books, 2000. P. 81–84; *Калятин В.О.* Указ. соч. С. 141.

бым успехом – практика не приобрела единообразия. В любом случае следует признать, что эффективность рассматриваемого подхода определяется в первую очередь адекватностью судебной процедуры. Сам по себе четырехуровневый тест – лишь «вершина айсберга». Он может эффективно применяться лицами при его уточнении на уровне судебной практики.

Второй подход в полной мере соответствует принципу правовой определенности. Все третьи лица достаточно ясно осведомлены о содержании и объеме исключительных прав. Проблема в том, что в условиях трансформации общественных отношений, появления новых форм творчества стабильный и статичный перечень может не учитывать всех возможных конфликтов интересов, ситуаций, когда использование чужого объекта может быть оправданно с позиции функций исключительных прав. Такая проблема между тем решаема. С одной стороны, возможно внесение дополнений в перечень случаев свободного использования. Так, представляется необходимым предусмотреть в ГК РФ изъятие из исключительных прав для интеллектуального анализа данных и текстов, осуществляемого научно-исследовательскими организациями. С другой стороны, отсутствие «гибкости» у границ исключительных прав, как будет показано ниже, может быть компенсировано развитием института пределов осуществления исключительных прав.

4. Содержательные границы патентных прав на первом уровне определены совокупностью способов использования, которые предполагают воплощение технического решения в конкретном продукте, устройстве, внешнем виде изделия, к которому оно относится, или в способе, производственном процессе. В таком случае контроль правообладателя не распространяется на раскрытие признаков патентоохраняемого объекта в научной литературе, проектной и технической документации. При этом подобные действия при определенных условиях могут быть квалифицированы как угроза нарушения исключительного права. На втором уровне – посредством установления перечня действий, не представляющих собой нарушения исключительного права. К таким действиям отнесены в том числе: использование патентоохраняемого объекта для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд; проведение научного исследования продукта или способа, в которых использован патентоохраняемый объект, или экспериментов над ними.

В отношении исключительных прав на товарные знаки российские суды неоднократно отмечали, что законодатель не установил их

границ. В ГК РФ, действительно, не перечислены[1] случаи свободного использования товарных знаков. Между тем это не означает, что у исключительных прав на такие объекты отсутствуют границы. Как было отмечено выше, объем исключительного права на товарный знак должен ограничиваться использованием обозначения в качестве средства индивидуализации своих товаров, идентификатора источника происхождения товаров. В таком случае можно заключить, что контроль правообладателя не охватывает, во-первых, действия иного субъекта по использованию сходных словесных обозначений не в качестве средств индивидуализации (в том числе при нанесении их на однородные товары), а в качестве описания товаров (услуг, работ), раскрытия его характеристик, состава (добросовестное описательное использование). В таком случае обозначение используется в своем прямом лексическом значении, а не в качестве средства индивидуализации.

Во-вторых, использование средства индивидуализации для указания на правообладателя, его товары (услуги, работы) и деятельность:

– в информационных целях: при предоставлении потребителям информации об оказываемых услугах или предлагаемых товарах, которые каким-либо образом связаны с товарами (услугами) правообладателя, в сравнительной рекламе при условии, что пользователь не выдает свои товары (услуги) за товары правообладателя, не формирует у потребителей представлений о сотрудничестве с правообладателем и т.п. (добросовестное номинативное использование);

– в научных, учебных, культурных целях, творческой деятельности, новостных сообщениях, критических публикациях и обзорах.

Отметим, что даже в отсутствие законодательно установленного перечня случаев свободного использования суды нередко квалифицировали вышеуказанные действия в качестве правомерных. Так, в одном из дел Суд по интеллектуальным правам отметил, что «простое упоминание словесного обозначения, входящего в объем правовой охраны товарного знака, не является использованием последнего. Особенно это касается случаев, когда такое обозначение несет смысловую нагрузку, используется в прямом словарном значении и безотносительно к товарам и услугам, для которых зарегистрирован знак»[2]. В другом деле Суд сделал вывод, что «упоминание товарного знака в информа-

[1] В отличие от немецкого законодательства.

[2] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 16 июля 2018 г. по делу № А33-25467/2016.

ционных целях, а не для индивидуализации товаров, не считается его использованием». При этом суд отклонил довод истца о том, что цель использования не имеет значения[1].

Между тем судебной практике до сих пор не хватает единообразия. Можно привести множество примеров решений, в которых суды признали «описательное» и «номинативное» использование нарушением исключительных прав[2]. Так, например, Суд по интеллектуальным правам удовлетворил требование правообладателя о нарушении прав на товарный знак «Сибирское здоровье» к компании «Натура Сибирика», которая под своим брендом (*natura siberica*) выпустила зубную пасту с надписью «Сибирское здоровье зубов»[3]. Представляется, что такое использование также могло быть квалифицировано в качестве описательного.

5. Наконец, у всех исключительных прав есть объектные границы – они определяют характеристики, (необходимые) признаки предполагаемых объектов нарушения – объектов, в которых воплотились результаты интеллектуальной деятельности. Применительно к каждому исключительному праву необходимо говорить о трех уровнях (параметрах) объектных границ (притом что у первого есть подуровни), для установления которых необходимо ответить на три вопроса о том, в какой степени в предполагаемом объекте нарушения должны быть использованы (повторены) элементы охраняемого объекта интеллектуальной собственности, чтобы исключительное право правообладателя было признано нарушенным?

Объектные границы исключительных прав на изобретения и полезные модели на первом уровне определяются совокупностью продуктов и способов (устройств – для полезных моделей), в которых нашли воплощение все признаки формулы изобретения или полезной модели (для изобретений – или им эквивалентные); на промышленные образцы – совокупностью изделий, которые содержат все существенные признаки промышленного образца или совокупность признаков, производящих на информирование потребителя такое же общее впе-

[1] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 30 сентября 2019 г. № С01-852/2019 по делу № А40-266746/2018.

[2] Постановления Президиума ВАС РФ от 17 апреля 2012 г. № 16577/11 по делу № А40-2569/11-27-22; Суда по интеллектуальным правам от 7 апреля 2017 № С01-130/2017 по делу № А12-40377/2016, от 8 августа 2016 г. № С01-650/2016 по делу № А60-51650/2015.

[3] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 22 ноября 2016 г. № С01-966/2016 по делу № А40-183877/2015.

чатление, какое производит запатентованный промышленный образец (при условии, что изделия имеют схожее назначение).

Объектные границы исключительных прав на товарные знаки определяются совокупностью тождественных (сходных до степени смешения) обозначений, используемых для индивидуализации однородных товаров (работ, услуг), предпринимательской деятельности, бизнеса (в схожей сфере) в целом. Здесь принципиально важно подчеркнуть следующий момент. Контроль правообладателя распространяется не только на обозначения, используемые в качестве товарных знаков, для индивидуализации конкретных товаров, но и на иные обозначения, которые используются в индивидуализирующих целях при осуществлении схожей предпринимательской деятельности.

Больше всего вопросов вызывают объектные границы исключительных авторских прав. Они должны быть установлены посредством нескольких институтов. При этом в российском праве присутствует не весь необходимый для этого инструментарий.

На первом этапе объектные границы авторских прав «заданы» доктриной «охраняемая форма – неохраняемое содержание». В произведении выделяются «юридически безразличные и юридически значимые элементы». К первым относятся тема, сюжет, идея произведения. Ко вторым – форма произведение[1]. Исключительные права охватывают собой только форму произведения, но не содержание, идеи. При подобном подходе для авторов создаются достаточные стимулы для творческой деятельности, создания новых объектов авторских прав. При этом они не получают монополии над идеями, что могло бы препятствовать научно-культурному прогрессу и повлечь повышение транзакционных издержек и издержек на защиту авторских прав.

В случае с произведениями художественной литературы, живописи и т.п. признание идей охраняемыми элементами вызовет повышение стоимости выражения для каждого последующего автора. Расходы на создание копий произведений также возрастут, так как издатель будет использовать охраняемые идеи так же, как охраняемую форму. В таком случае пострадает общественное благосостояние: с повышением стоимости создания произведения сократится их количество, повысятся издержки на защиту авторских прав. При этом авторы перестанут обращать особое внимание на форму, рассчитывая на то, что они смогут «заработать» от выдачи лицензий на идеи; достаточно будет

[1] *Ионас В.Я.* Произведения творчества в гражданском праве. М., 1972.

минимальной выразительности. Как следствие, в авторском праве возникнут аналоги «патентных гонок»[1].

Следует выделять внутреннюю и внешнюю форму произведений. Под внешней формой следует понимать внешнюю последовательность слов, звуков. Иными словами, речь идет о произведении в том виде, в каком оно предстает читателю, слушателю. Под внутренней формой произведения понимается структура, внутренний порядок произведения, т.е. определенная последовательность и взаимосвязь идей, ритмов, определенным образом упорядоченное идейное содержание произведения, последовательность аргументов и выводов, примеров и иллюстраций, индивидуальный ход рассуждений, стиль аргументации, образное содержание, особенности чередования образов, построение, внутренний ритм произведения и т.п.[2] Таким образом, необходимо констатировать, что контроль правообладателя распространяется на использование элементов, относящихся к форме, но не к содержанию произведения.

При этом неизбежно возникает новый вопрос: до какой степени правообладатель может контролировать использование отдельных элементов произведения? Пунктом 7 ст. 1259 ГК РФ предусмотрено, что авторские права распространяются и на часть произведения, на его название, на персонажа, если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора. Данное правило нуждается в уточнении и раскрытии, что до сих пор в российской доктрине сделано не было.

Как разъяснил Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении № 10[3], авторское право распространяется на любые части произведений, если такие части: 1) сохраняют свою узнаваемость как часть конкретного произведения при их использовании отдельно от всего произведения в целом и 2) сами по себе отдельно от всего произве-

[1] Причина таких «гонок» в патентном праве заключается в том, что патент предоставляет исключительный контроль над идеей, которая может иметь широкое применение и огромную коммерческую ценность (см.: *Posner R.A., Landes W.A.* The economic structure of intellectual property law. England: Harvard university press, 2003. P. 93.

[2] См., в частности: *Kohler J.* Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht. 1980, Neudruck der Ausgabe Stuttgart, 1907. S. 143; *Moltke B.* Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft // UFITA-Schriftenreihe (№ 97). Baden-Baden, 1992. S. 48; *Кашанин А.В.* Развитие учения о форме и содержании произведения в доктрине авторского права: проблема охраноспособности содержания научных произведений // Вестник гражданского права. 2010. № 2. С. 83.

[3] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

дения в целом могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и выражены в объективной форме. Подобные критерии вызывают определенные вопросы. Так второй критерий, по сути, дублирует норму п. 7 ст. 1259 ГК РФ, не разъясняя при этом признак самостоятельности части. Применение критерия узнаваемости может быть оправданно в случае с персонажами[1]. Между тем возникает вопрос: как оценить узнаваемость текстовой части произведения – отрывка? Вряд ли средний читатель сможет безошибочно отнести, скажем, абзац перу того или иного автора.

Вопросы также вызывает и соотношение п. 7 ст. 1259 ГК РФ с положениями ст. 1270 ГК РФ. Так, в соответствии подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ под использованием произведения понимается в том числе воспроизведение его части. При этом законодатель не определил, о какой именно части в данном случае может идти речь. По сути, и последовательность двух – четырех слов можно признать частью произведения. Между тем их использование другим лицом в своем объекте, очевидно, нельзя считать нарушением исключительного права на соответствующее произведение. Иной подход существенно усложнил бы творческую деятельность, привел бы к различного рода злоупотреблениям со стороны правообладателей.

Когда мы говорим о таких частях произведений, как фрагмент текста, изображения, то критерий самостоятельности представляется не слишком точным. Самостоятельность указывает на то, что элемент произведения может использоваться сам по себе. Безусловно, из научного текста, художественного произведения можно взять отрывок (скажем, описание природы) и воспроизвести его отдельно от остального текста либо поместить в новый текст. Между тем не во всех случаях такой отрывок образует самостоятельную статью или художественное произведение.

Более точным в данном случае является термин «существенность». При установлении существенности используемой части должен учитываться как количественный аспект, так и качественный (доктрина существенной части). В первом случае учитываются такие показатели, как количество знаков, слов, соотношение используемого фрагмента со всем произведением. Во втором – важность, значимость части для создания выразительного эффекта в оригинальной работе.

[1] Так, например, массовый зритель, увидев изображение льва Симбы, безошибочно атрибутирует его мультфильму «Король Лев».

Отдельно следует отметить, что контроль правообладателя распространяется в том числе на результаты переработки оригинального произведения, в которой используется в преобразованном виде существенная часть оригинального произведения. Такой контроль носит ограниченный характер: правообладатель оригинала может запретить использовать переработку, но в отсутствие согласия правообладателя переработки не может использовать ее сам, дозволять использование иным лицам. Это связано с тем, что в переработке присутствуют элементы, относящиеся к охраняемой форме как оригинального (переработанного) произведения, так и собственно переработки (перевода).

Возьмем классический случай переработки – перевод. В случае с ним результатом творчества переводчика является только внешняя форма – внешняя последовательность слов и звуков (на том языке, на котором осуществлялся перевод). Между тем внутренняя форма такого переведенного текста – внутренняя структура, порядок произведения, последовательность и взаимосвязь идей, последовательность аргументов и выводов – является результатом интеллектуального труда автора оригинального произведения. Иными словами, перевод представляет собой замену внешней формы при сохранении внутренней. В таком случае не удивительно, что у правообладателя оригинального произведения сохраняется контроль за использованием переработки.

При этом доктрина существенной части до сих пор не получила признания в российском авторском праве. Она нашла нормативное закрепление в случае с исключительными смежными правами изготовителя базы данных. В соответствии с п. 2 ст. 1334 ГК РФ контроль правообладателя распространяется на все случаи извлечения существенной части материалов, составляющих содержание базы данных. Как отмечается в доктрине, «авторским правом охраняется структура базы данных. В свою очередь, в режиме смежных прав охраняется совокупность материалов, составляющих базу данных»[1]. Это связано с тем, что право изготовителя базы данных предназначено в первую очередь для защиты инвестиций в создание базы данных.

В соответствии с абз. 1 ст. 7 Директивы 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета Европы от 11 марта 1996 г. «О правовой охране

[1] *Корнеев В.А., Кольздорф М.А.* Спорные вопросы регулирования баз данных // Закон. 2019. № 5. С. 160.

баз данных»[1] существенность должна определяться с точки зрения количества и качества. Количественная оценка производится исходя из соотношения объема содержания всей базы данных и объема заимствованных материалов. Так, в одном из дел Суд ЕС[2] заключил, что извлечение 50 тыс. элементов из 105 тыс. (практически 50% от всего содержания) является извлечением существенной части базы данных. В то же время, как отмечается, в доктрине 10% данных не является существенной частью. Применил Суд ЕС и качественную оценку. Она предполагает установление соотношения объема инвестиций, затраченных на соответствующую часть материала, с общим объемом инвестиций в базу данных. Как указал суд, на итоги качественной оценки может повлиять тот факт, что материалы, заимствованные из базы данных, были получены ее создателем из источников, отсутствующих в публичном доступе, с учетом объема технических, людских, финансовых затрат, которые изготовитель базы данных понес, чтобы собрать материал из этих источников.

Второй уровень объектных границ исключительных прав устанавливается посредством ответа на вопрос: распространяется ли исключительное право правообладателя (в том числе возможность запрещать иным лицам использование) на схожие результаты независимого (самостоятельного) творчества? Данный вопрос неактуален для исключительных прав на средства индивидуализации, которые не являются результатами интеллектуальной деятельности.

Исключительные права на патентоохраняемые объекты распространяются в том числе и на результаты параллельной изобретательской деятельности. Тот факт, что иной субъект создал аналогичное запатентованному объекту решение независимо от правообладателя, не освобождает от ответственности за нарушение исключительного права. Отдельного внимания в данном случае заслуживают права преждепользования и послепользования. Они являются самостоятельными субъективными правами на патентоохраняемые объекты. Их содержание образует правомочие ограниченного коммерческого использования патентоохраняемого объекта. Преждепользователь действует в той же плоскости, что и правообладатель, – в содержательных

[1] Директива 96/9/ЕС Европейского Парламента и Совета от 11 марта 1996 г. «О правовой охране баз данных» [Электронный ресурс] // URL: http://lexdigital.ru/2012/052/ (дата обращения: 20.10.2019).

[2] Решение Суда ЕС от 5 марта 2009 г. по делу № C-545/07 [Электронный ресурс] // URL: http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-545/07 (дата обращения: 20.10.2019).

границах исключительного права. Сферы их господства над патентоохраняемым объектом пересекаются. При этом у патентообладателя объем субъективных правомочий, бесспорно, больше.

Другое принципиальное отличие прав прежде- и послепользования от границ исключительного права в том, что они возникают всегда относительно конкретного исключительного права, а не всех. Иными словами, это частный случай, обусловленный особыми обстоятельствами, в то время как границы универсальны для всех исключительных прав. По отношению к исключительным патентным правам их следует определять в качестве обременений.

Объектные границы авторских прав определяют посредством концепции независимого творчества: контроль правообладателя не распространяется на объекты, которые созданы независимо от произведения правообладателя, даже если их форма в целом совпадает. Подобная ситуация параллельного творчества может возникнуть только в случае с произведениями с незначительным творческим уровнем. Там, например, два фотографа могут запечатлеть море, какую-либо достопримечательность с одного и того же ракурса. Форма произведений может оказаться практически идентичной. Между тем вряд ли можно представить себе, что кто-либо смог бы параллельно с А.А. Блоком написать поэму «Двенадцать».

Следует отметить, что долгое время в доктрине и судебной практике господствовало мнение о том, что авторское право в принципе не допускает параллельного творчества. Как было отмечено Э.П. Гавриловым, «оригинальность» – это «уникальность произведения, невозможность создания разными авторами, работающими параллельно, независимо друг от друга, двух одинаковых произведений. Если два «автора» создали два одинаковых произведения, то ни одно из них не является оригинальным и не может получать охраны – это краеугольный камень всей системы авторского права...»[1]. Между тем в настоящее время в российском праве возобладал подход, в соответствии с которым утверждается принципиальная возможность параллельного творчества и самостоятельного использования произведения, созданного независимо[2].

[1] *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. П. 68. 2006 (СПС «КонсультантПлюс»)

[2] Определение Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 537-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хавкина Александра Яковлевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 6 и 7 Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»».

При установлении третьего уровня объектных границ необходимо ответить на вопрос: до какой степени исключительное право распространяется на материальный носитель, в котором нашел воплощение объект интеллектуальной собственности? В данном случае «ограничителем» контроля правообладателя является принцип исчерпания права, который предусмотрен и для авторских или патентных прав, и для прав на товарные знаки. Из сферы господства исключаются действия с материальным носителем, в котором был воплощен объект интеллектуальной собственности, после того, как он был правомерно введен в оборот правообладателем или уполномоченным им лицом.

Исчерпание исключительного права является одним из инструментов, которые согласуют между собой интеллектуальные права на охраняемый объект (результат интеллектуальной деятельности, средство индивидуализации) и вещные права на материальный носитель, в котором воплощен этот объект. Он необходим для поддержания вторичного рынка, поскольку делает продукты творчества доступнее для потребителей.

Границы исключительного права характеризуют следующие признаки:

во-первых, формальная определенность: на законодательном уровне и (или) на уровне судебной практики должны быть установлены конкретные способы использования объекта интеллектуальной собственности либо иные условия (параметры), при которых иные лица могут свободно использовать чужой объект интеллектуальной собственности. Степень определенности варьируется: самыми жесткими являются временные и территориальные границы. При установлении содержательных и объектных границ могут использоваться «гибкие» оценочные критерии, которые позволяют посредством судебного толкования «двигать» (в незначительной мере) границы такого права;

во-вторых, границы являются универсальными для всех исключительных прав, возникающих в отношении одной разновидности объектов интеллектуальной собственности (для объектов авторского права, товарных знаков, изобретений и т.п.). Между тем они могут «сдвигаться» как в сторону расширения, так и в сторону сужения объема в случае с исключительными правами на объекты, которые представляют наибольшую (наименьшую) ценность с позиции функций соответствующей системы исключительных прав (авторского права, патентного права, средств индивидуализации);

в-третьих, границы не зависят от поведения (действий) правообладателя и лица, используемого объект. Границы исключительных

прав – инструмент обеспечения баланса типичных интересов, сопряженных с объектами интеллектуальной собственности.

6. Пределы осуществления исключительного права представляют собой правовой инструмент, который ограничивает выбор правообладателем конкретных правореализационных практик, противоречащих институциональному назначению (функциям) исключительного права. Иными словами, данный институт служит пресечению действий правообладателя по осуществлению и защите исключительных прав, которые он осуществляет в границах своего права, но в противоречии с его функциями; обеспечению соответствия поведения правообладателя назначению исключительного права. Первый уровень пределов реализации исключительных прав образует общий запрет на недобросовестное осуществление субъективных прав, злоупотребление правом. Статья 10 ГК РФ распространяется на все без исключения субъективные гражданские права. Между тем традиционная конструкция злоупотребления правом не может быть эффективным механизмом для разрешения большинства актуальных для интеллектуальной сферы конфликтов интересов, связанных с реализацией исключительных прав.

Исключительное право основывается на стратегии исключения. Базовым правомочием в его составе является возможность запрещать иным лицам использовать его объект. Основной конфликт интересов, присущих данной сфере, заключается в том, что иные (по отношению к правообладателю) лица стремятся получить доступ к использованию результата интеллектуальной деятельности, а правообладатель отказывает. Такой конфликт может возникнуть на нескольких стадиях: при обращении субъекта за получением лицензии и отказе правообладателя от заключения соглашения на разумных условиях; при предъявлении правообладателем иска о запрете ответчику (прекращении действий, представляющих собой нарушение исключительного права) использовать объект интеллектуальной собственности.

Как минимум не во всех случаях подобные конфликтные ситуации можно разрешить посредством общего механизма отказа в защите принадлежащего ему права полностью или частично. Лишение исключительного права защиты (пусть даже по отношению не ко всем субъектам, а только к истцу) при отказе правообладателя от заключения лицензионного договора является чрезмерной и неэффективной мерой. Для обеспечения баланса интересов функций исключительного права может быть достаточно, чтобы заинтересованный субъект получил доступ только к конкретному способу использования объекта

и (или) использованию результата интеллектуальной деятельности в конкретном продукте и т.п. При отказе в защите исключительного права нельзя учесть подобные нюансы.

Для обеспечения баланса частных и общественных интересов в отношении использования патентоохраняемого объекта правоприменитель должен восполнить волю правообладателя на предоставление доступа к разработке иным субъектам. Иными словами, речь идет о принудительном лицензировании.

Несколько иначе обстоит ситуация с выходом за пределы осуществления исключительных прав при предъявлении правообладателем исков о нарушении исключительных прав. В данном случае отказ в защите исключительного права в некоторых случаях может быть адекватным механизмом защиты. Между тем и здесь нужно учитывать несколько важных нюансов. Во-первых, в спорах о нарушении исключительного права у правообладателя существует возможность предъявления нескольких требований, основные из которых – требования о взыскании убытков (компенсации) и о прекращении действий, представляющих собой нарушения исключительных прав. В таком случае судам необходимо анализировать возможность частичного отказа в защите исключительного права: отказа в удовлетворении одних требований при удовлетворении других. В целом ст. 10 ГК РФ предоставляет подобную возможность, но не все так просто.

Действия правообладателя по предъявлению иска о нарушении исключительных прав будут противоречить назначению исключительного права прежде всего в тех случаях, когда использование объекта ответчиком может быть оправданным с позиции функций соответствующего института права интеллектуальной собственности (авторского, патентного права). При этом интересы истца могут быть обеспечены посредством выплаты компенсации. В таком случае оправданное решение состоит в удовлетворении требования о выплате компенсации (убытков) при отказе в удовлетворении требования о запрете на дальнейшее использование. Между тем принятие такого решения неизбежно породит вопрос: на каких условиях ответчик (нарушитель) может продолжить использовать результат интеллектуальной деятельности? Можно предположить, что в такой ситуации суд должен будет установить в своем решении объем дальнейшего использования, сумму выплат, которые должен будет совершить пользователь в пользу правообладателя. Здесь, однако, следует сразу оговориться, что действующее российское законодательство не предусматривает возможности установления подобных продолжающихся роялти. Между

тем *de lege ferenda* они представляются оправданными. Рассматриваемый механизм воздействия на правообладателя в таком случае будет носить в себе элементы и отказа от защиты права, и принудительного лицензирования.

Во-вторых, при оценке избранной правообладателями результатов интеллектуальной деятельности правореализационной модели ключевое значение должно придаваться «объектному критерию» – особенностям спорного результата интеллектуальной деятельности как такового, а также продуктов, в которых он может быть воплощен, что не учитывают правила ст. 10 ГК РФ. Как было отмечено выше, ключевой функцией системы исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности является культурное, инновационное развитие, научно-технический прогресс. При этом изначально предполагается, что легальная «монополия» правообладателя отвечает таким задачам.

«Провалы рынка» случаются, во-первых, тогда, когда правообладатель отказывает иным лицам в доступе к разработке при условии, что сам не способен ее эффективно использовать. При этом страдают актуализированные общественные интересы в получении высокотехнологического продукта. В таком случае необходимо исследовать, с одной стороны, предшествующее (отказу в предоставлении лицензии, предъявлению иска о нарушении) поведение правообладателя; с другой стороны, особенности спорного объекта интеллектуальной собственности, способности потенциального лицензиата удовлетворить за счет него актуальные потребности потребителей. Ведь «провал» имеет место тогда, когда отказ правообладателя предоставить доступ к результату интеллектуальной деятельности блокирует выход на рынок значимых с позиции инновационного развития продуктов, которые имеют существенные преимущества в сравнении с тем, что предлагает правообладатель. Исключительное право становится препятствием на пути инновационного прогресса, проявления кумулятивного и мультипликативного эффектов.

В таком случае определенными характеристиками должен обладать, с одной стороны, объект правообладателя: он может выступать в качестве базовой инновации, доступ к которой необходим для эффективной коммерциализации последующих инноваций, важных усовершенствований, либо в качестве элемента комплексного инновационного продукта, без которого невозможно произвести такой продукт и, соответственно, коммерциализировать множество связанных (комплементарных) решений. С другой стороны, продукт,

который противоположная сторона не может предложить рынку в отсутствие доступа к объекту правообладателя, должен обладать повышенной инновационностью, являться важным техническим достижением и т.п.

В случае с заинтересованным в использовании субъектом оценивается его готовность и способность предложить потребителям инновационный продукт, наличие у него прав на связанные со спорным объектом разработки. Определяющее значение в таком случае придается «объектному критерию»: наличию у результата интеллектуальной деятельности правообладателя особого экономического значения, в том числе обусловленного его связью (например, как основного с зависимым изобретением) с разработками заинтересованного в доступе к объекту лица.

Осуществление прав на средства индивидуализации ограничивается лишь посредством пределов первого уровня. Это связано с тем, что в отличие от результатов интеллектуальной деятельности они являются частными благами (а не публичными), как отмечалось выше, с их использованием несколькими лицами не связано правомерных общественных и частных интересов.

Пределы осуществления и защиты исключительных прав характеризуют следующие признаки:

во-первых, функциональная обусловленность: они не позволяют осуществлять исключительные права в противоречии с их назначением, принципом баланса частных и общественных интересов. Вместе с тем их применение не должно привести к дестимулированию правообладателей к созданию и коммерциализации новых объектов интеллектуальной собственности;

во-вторых, адресность применения: они обращены против конкретных действий правообладателя по реализации субъективного права; при решении вопроса о применении пределов учитывается актуальный конфликт интересов, возникший в отношении конкретного объекта результата интеллектуальной деятельности;

в-третьих, при применении пределов осуществления исключительных прав должны учитываться особенности отдельных рынков, характерные для них модели коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности и т.п.

7. Раскрыв сущность границ и пределов осуществления исключительных прав, можно перейти к анализу базовых проблем, с которыми в той или иной мере столкнулись все развитые правопорядки при установлении системы ограничений исключительных прав.

Первую проблему можно обозначить как «формальная определенность *v.* гибкость» при установлении границ исключительных прав. Как было отмечено выше, в мировом масштабе сложилось два основных подхода к установлению содержательных границ исключительных авторских прав: посредством закрытого перечня случаев свободного использования или посредством доктрины добросовестного использования. В правопорядках, избравших первый подход, то и дело предпринимаются попытки (как на уровне доктрины, так и судебной практики) дополнить нормативно-определенный перечень изъятий гибкими балансовыми механизмами, расширить сферу свободного использования на основании общеправовых ценностей и принципов.

Так, сразу в нескольких континентально-европейских правопорядках (в частности, немецком, нидерландском) получила развитие практика расширения содержательных границ авторских прав со ссылкой на фундаментальные права и свободы. Суды признавали правомерным использование, формально не соответствующее ни одному из условий, определенных законом, но отвечающее (по мнению суда) принципам свободы слова и выражения.

Одним из наиболее ярких примеров является дело *Scientology v. Spaink*. Журналистка из Нидерландов опубликовала материал с критикой идей саентологии, в котором обнародовала некоторые конфиденциальные сведения, касающиеся Церкви саентологии. Журналистка не могла ссылаться на ст. 15а Закона об авторском праве и другие положения законодательства о правомерном цитировании, так как используемые документы не были опубликованы законным образом. Тем не менее действия журналистки не были признаны нарушением исключительных прав. Суд применил ст. 10 Европейской конвенции по правам человека, которая гарантирует свободу слова. По мнению Суда, использование произведения было оправданным, поскольку целью являлась публичная критика сомнительных идей саентологов[1].

Между тем впоследствии от такого подхода на уровне ЕС было решено отказаться. Суд ЕС отказался сформулировать однозначную позицию – национальные правоприменители не должны создавать дополнительные ограничения исключительных прав, ссылаясь на права и свободы человека. Свобода информации и слова не может оправдать

[1] См.: *Scientology v. XS4ALL*, The Hague Court of Appeal, 4 September 2003; Supreme Court (HogeRaad), 16 December 2005, No. C04/020HR / JMH/RM LJN AT2056 (Scientology/Spaink).

отступление от исключительных прав, кроме изъятий, прямо предусмотренных Директивой 2001/29/ЕС[1]. Генеральный адвокат Европейского суда, анализируя запрос, констатировал, что права, предоставляемые авторам и другим правообладателям в соответствии с Директивой ЕС, являются безусловными и обязательными, а список установленных ею исключений является исчерпывающим. Государства-члены не могут полагаться на национальные конституционные положения, чтобы избежать выполнения этих обязательств. Данная позиция была воспринята и национальными судами европейских стран[2].

Подобное решение следует поддержать. Любые творческие преобразования так или иначе представляют собой способ выражения их автора. Поэтому теоретически любое вовлечение в новый контекст чужого произведения может быть оправданно с позиции права на свободу слова и выражения. Подобный подход может привести к тому, что всякая творческая переработка произведения будет выведена из сферы господства правообладателя. В результате ценность исключительного права, стимулы к творческой деятельности будут существенно снижены. Кроме того, существует вероятность принятия произвольных решений. Следует констатировать, что ссылки на фундаментальные права и свободы недостаточно для отказа правообладателю в защите исключительного права.

Некоторые ученые предлагают дополнить перечень случаев свободного использования многофакторным тестом (по типу американской концепции добросовестного использования), на основании которого суды могут определить дополнительные изъятия из исключительных прав. Так, К. Гейгер и Е. Изюменко предложили следующие пять критериев:

1) характер использования, в том числе:

– коммерческий либо некоммерческий;

– трансформационный, когда на основе произведения правообладателя создается новое произведение, характеризуемое высоким уровнем творчества, и др.;

2) цели использования;

3) сущность спорной информации (объекта);

4) степень воздействия на имущественные интересы правообладателя;

---

[1] *Pelham v. Hütter* (Case C-476/17); *Funke Medien v. Germany* (Case C-469/17).

[2] Решение Верховного суда Швеции, вынесенное в марте 2020 г. по делу № Т 4412-19 (*Kent Ekeroth v. Sveriges Television Aktiebolag*).

5) наличие у ответчика альтернатив использованию чужого объекта авторского права[1].

Такой вариант предполагает отступление от принципа правовой определенности в пользу принципа справедливости, который сопряжен с рисками.

Исключительные права носят абсолютный характер, им предоставляется защита от всех и каждого, от любых третьих лиц. Правовые традиции стран континентальной Европы предполагают, что содержание абсолютных прав четко определено законом. Все участники правовых отношений осведомлены о содержании, объеме и видах указанных прав; имеют представление, где заканчивается сфера господства правообладателя и начинается свободное использование произведения. В противном случае может возникнуть негативный эффект: возрастет число нарушений, а добросовестные субъекты утратят стимулы к публикации результатов своей научной, культурной, просветительской, образовательной, иной социально значимой деятельности. Не понимая, где пролегает грань между нарушением и правомерным использованием, добросовестные участники отношений станут отказываться от использования результатов интеллектуальной, творческой деятельности. Снижение уровня формализации может привести к росту непредсказуемости и издержек на правоприменение. Как неоднократно отмечал Верховный суд США, законодательный механизм является более подходящим для выстраивания баланса интересов в сфере авторского права, чем судебный[2]. Доктрины, подобные *fair use,* являются слишком неопределенными для того, чтобы нормально обеспечивать интересы правообладателей и пользователей[3].

Это, однако, не означает, что предложенные авторами критерии являются бесполезными. Они могут быть учтены при установлении пределов осуществления исключительных прав. Последние, как было отмечено выше, не задают объем исключительных прав. Они выступают в качестве гибкого балансового инструмента, призванного разрешить конкретный конфликт интересов, связанный с тем, что заинтересованный субъект вторгается (намеревается вторгнуться) в сферу господства правообладателя при наличии неких «оправдывающих»

[1] См.: *Geiger C., Izyumenko E.* Towards a European “Fair Use” Grounded in Freedom of Expression // American University International Law Review. 2019. Vol. 35. Iss. 1 (https://ssrn.com/abstract=3379531).

[2] *Universal Studious v. Remerdes*, 82 F. Supp. 2d 211 (S.D.N.Y. 2000).

[3] *Калятин В.О.* Указ. соч. С. 142.

обстоятельств, как правило, особого значения деятельности такого субъекта с позиции ценностей и функций системы исключительных прав, интересов общества. Проще говоря, баланс между формальной определенностью и гибкостью, адресностью воздействия можно найти, если рассматривать первую в качестве атрибутивного свойства границ исключительных прав, а вторую – как характеристику пределов их осуществления.

Дискуссия относительно целесообразности расширения содержательных границ затронула и американское право. Принципиально неверно считать, что установленный гибкий тест (вместо закрытого перечня случаев свободного использования) предоставляет правоприменителю полную свободу действий. На его основе американская судебная практика выработала более или менее определенный перечень случаев свободы использования (в общем виде он совпадает с континентально-европейским перечнем). При этом тест «оброс» специальными уточняющими доктринами. Одной из них является доктрина «преобразовательного использования». В соответствии с ней добросовестным использованием признается творческое, нацеленное на создание новых ценных объектов авторских прав использование чужого произведения. При этом подобный новый объект не может заменить оригинальный объект авторского права, конкурировать с ним. На основании данной доктрины была обоснована в первую очередь правомерность пародийного использования.

В настоящее время в американской доктрине обсуждается возможность распространения ее на так называемое расширяющее полезность использование: ответчик предоставляет информацию об оригинале или расширяет его полезность, даже если он не создал добавочного выразительного контента[1]. В качестве примера подобного использования приводится дело *Authors Guild v. Google*[2]. В нем суд признал добросовестным использованием действия компании *Google* по оцифровке в рамках проекта *Google Books* множества опубликованных книг и размещение на сайте их фрагментов с предоставлением потребителям возможностей полнотекстового поиска. Суд исходил из того, что ответчик создает для общества значительные преимущества, содействует прогрессу науки и культуры, уважая при этом права авторов и не причиняя имущественного вреда правообладате-

[1] *Jacob V.* Utility Expanding Fair Use // NYU School of Law. Public Law Research Paper. 2020. No. 20-31 (https://ssrn.com/abstract=3603555).

[2] *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202, 218 (2d Cir. 2015).

лям. Проект дает потребителям информацию о книгах, недоступную из других источников, позволяет эффективно идентифицировать и находить нужную информацию, облегчает доступ к научным произведениям.

Между тем в американской судебной практике можно найти и прямо противоположные судебные решения. Так, в деле *Fox News v. TVEyes*[1] суд пришел к выводу, что расширяющее полезность использование не подпадает под доктрину преобразовательного использования и является неправомерным. Фабула следующая: ответчик предложил сервис (программу), которая после ввода потребителем ключевых слов выдавала десятиминутный клип, включающий в себя нарезку программ, новостных сюжетов и т.п., отвечающих запросу. Предварительно компания *TVEyes* записывала эфир 1400 теле- и радиоканалов и включала их в базу данных с удобным поиском. Среди пользователей сервиса *TVEyes* был Белый дом, армия США, конгрессмены, полицейские департаменты, информационные агентства, различные частные компании. Данный сервис позволял отследить, как распространился любой пресс-релиз, аудиторию охвата, сколько медиа вовлечено и множество других параметров. *TVEyes* – платная услуга.

Суд апелляционной инстанции исходил из того, что использование произведений в сервисе *TVEyes* не является преобразовательным, поскольку в исходное произведение не было привнесено новое выражение, значение или сообщение. Ответчик получает прибыль от использования произведений истца, не получив разрешения и не заплатив за это.

На основе анализа данных дел можно сделать следующие выводы. Расширяющее полезность использование не может быть однозначно определено как случай свободного (добросовестного) использования. Данная концепция изначально лишена достаточной правовой определенности. При этом, как представляется, судебное толкование не способно преодолеть данный пробел и сформулировать некий универсальный алгоритм, очерчивающий границы исключительного права.

«Расширение полезности» для оправдания действий правообладателя должно рассматриваться наряду со множеством других факторов. В обоих рассмотренных случаях ответчики расширили полезность используемых объектов. Они предлагали инновационные сервисы, программные продукты, которые упрощали для потребителей доступ

[1] *Fox News Network, LLC v. Tveyes, Inc.*, 883 F.3d 169, 177 (2d Cir. 2018).

к информации, способствовали осуществлению аналитической деятельности. Нетрудно заметить, что суды по-разному квалифицировали действия ответчиков.

Принятие справедливого решения в каждом из рассмотренных дел предполагало оценку обстоятельств конкретного конфликта, «взвешивание» интересов истца и ответчика, общества в целом в отношении используемых объектов авторских прав; учет ценности продукта, предлагаемого нарушением. При этом действия обоих в той или иной степени вторгались в сферу господства правообладателя, оказывали воздействие на рынок. Так, в деле *Authors Guild v. Google* размещение фрагментов книг могло привести к снижению продаж у правообладателей. Многие потребители могли отказаться от приобретения конкретных произведений, получив возможность ознакомиться с отдельными главами и параграфами. Не всякий читатель заинтересован в прочтении всей книги. Зачастую читателю важно в общих чертах понять позицию автора, выбрать из книги несколько релевантных цитат для своих исследований и т.п. Любое иное лицо, которое решило бы отсканировать хотя бы 10 страниц из книги и выложить их в открытом источнике, должно было бы получить на то согласие правообладателя. Иными словами, ответчик в данном случае действовал в той сфере, где истец мог закономерно рассчитывать получить прибыль.

В таком случае подобные способы использования неправильно выносить за рамки исключительного права. Ответчики вторглись в сферу контроля правообладателя. Другое дело, что суды могли оценить в данном случае действия правообладателя по предъявлению иска о запрете на дальнейшее использование с позиции того, вышел он за пределы осуществления исключительного права или нет. Есть основания полагать, что ответ на данный вопрос должен быть положительным. Ответчики не просто незаконно использовали чужие результаты интеллектуальной деятельности. Они предлагали собственные инновационные продукты, сервисы, которые отвечали общественным интересам и обладали ценностью с позиции инновационного развития. В то же время сами правообладатели были не готовы использовать свое произведение подобным способом. Они могли рассчитывать лишь на выплату роялти за подобное использование и не несли невосполнимых потерь, связанных с лишением эксклюзивности (в крайне ограниченной сфере). Такие потери вполне могут быть компенсированы выплатой со стороны нарушителя разумных роялти.

С подобных позиций можно разрешить еще одну крайне актуальную для сферы интеллектуальной собственности проблему, которая

до сих не получила адекватного решения ни в одном правопорядке, – скрапинга интернет-ресурсов. Скрапинг представляет собой автоматизированный сбор информации с различных интернет-ресурсов, который осуществляется посредством использования специально разработанной компьютерной программы – бота[1]. На практике такие программы используются для сбора и обобщения данных о пользователях социальных сетей; об услугах, осуществляемых различными компаниями (в том числе о ценовой политике); о реализуемых через интернет-сервисы товарах и услугах; о доступных вакансиях и т.п. Нарушений авторских прав в таком случае, как правило, не происходит, но есть основания говорить о нарушении смежных прав изготовителя базы данных. Бот, как правило, неоднократно заходит на тот или иной интернет-ресурс и извлекает из него данные.

В соответствии с п. 3 ст. 1335.1 ГК РФ не допускается неоднократное извлечение или использование материалов, составляющих несущественную часть базы данных, если такие действия противоречат нормальному использованию базы данных и ущемляют необоснованным образом законные интересы изготовителя базы данных. Цель установления этих положений заключалась в том, чтобы избежать обхода общего запрета, при котором систематическое повторяющееся извлечение несущественной части материалов из базы данных приводило бы к образованию существенной части и тем самым влекло бы потерю инвестиций изготовителя базы данных[2].

Формулировка п. 3 ст. 1335.1 ГК РФ является неудачной в том смысле, что она требует одновременного наличия двух обстоятельств: противоречия нормальному использованию базы данных и ущемления необоснованным образом законных интересов изготовителя базы данных. Это существенно повышает стандарт доказывания. Между тем Директива ЕС[3] запрещает использование несущественной части базы данных в двух альтернативных случаях: если это противоречит нормальному использованию базы данных или необоснованным образом ущемляет законные интересы изготовителя базы данных.

---

[1] *Рожкова М.А.* Скрапинг/парсинг интернет-ресурсов – что это такое и законно ли это? [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2019. 30 дек. URL: https://zakon.ru/blog/2019/12/30/skraping__parsing_internet-resursov__chto_eto_takoe_i_zakonno_li_eto.

[2] Цит. по: *Корнеев В.А., Кольздорф М.А.* Спорные вопросы регулирования баз данных. С. 160.

[3] Пункт 5 ст. 7 Директивы 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 марта 1996 г. «О правовой охране баз данных» [Электронный ресурс]. URL: http://lexdigital.ru/2012/052/ (дата обращения: 20.10.2019).

Сконструируем на основании реальных споров три возможные ситуации:

1) владельцу известного интернет-сервиса для размещения объявлений о товарах, вакансиях и резюме на рынке труда стало известно, что другой субъект посредством специальной программы собирает и копирует данные с его сервиса и на их основе создает собственную базу товаров/услуг/вакансий;

2) правообладателю – компании интернет-рекрутмента принадлежат исключительные смежные права на изготовленную им базу данных вакансий и резюме. Ответчик – инновационная компания, создавшая робота-рекрутера: программный продукт, который в том числе по базе правообладателя находит подходящее резюме, проводит интервью (собеседование) с кандидатами (при помощи технологий задает вопросы, анализирует ответы), распознает эмоции соискателя во время видеособеседования. Правообладатель полагает, что его права нарушены, и требует запретить ответчику использовать его базу данных;

3) ответчик – инновационная компания – разработчик программы для ЭВМ, которая на основе собственных технологических методов и алгоритмов поиска, хранения и анализа данных собирала и обрабатывала данные о пользователях социальных сетей для оценки кредитоспособности потенциальных и существующих заемщиков, являющихся пользователями социальных сетей; предлагал третьим лицам собственные программные продукты, позволяющие осуществлять работу с данными социальной сети для указанных целей. Правообладатель социальной сети предъявил иск о нарушении исключительных прав на базу данных.

В первом случае однозначно можно говорить о нарушении исключительного права изготовителя базы данных. Действия субъекта противоречат нормальному использованию, так как он конкурирует с правообладателем. Суд должен удовлетворить требование правообладателя как о взыскании с нарушителя убытков/компенсации, так и о запрете на дальнейшее использования его базы данных. «Продукт» ответчика не добавляет ничего нового, не расширяет полезность базы данных правообладателя. Второй и третий случаи сложнее. С одной стороны, имеет место неоднократное извлечение материалов из базы данных. Несмотря на то что истец и ответчик не являются прямыми конкурентами, действия ответчика, вероятно, также противоречат нормальному использованию базы данных и ущемляют законные интересы его изготовителя. Одним из основных способов получения дохода у таких компаний является реклама. В таком случае они заин-

тересованы в том, чтобы как можно больше субъектов пользовалось их ресурсами. Кроме того, они могут также оказывать услуги (платные) по подбору персонала под конкретный запрос, сбору информации о пользователях и т.п. Вместе с тем предлагаемые ответчиками продукты представляют существенную ценность с позиции инновационного развития; расширяют полезность спорных баз данных. В таком случае возможным представляется следующее решение: признать факт нарушения, но отказать в требовании о запрете на дальнейшее использование базы данных.

Что касается содержательных границ исключительных патентных прав, то в большинстве правопорядков они определены посредством четкого перечня случаев свободного использования (действий, не представляющих собой нарушение исключительных прав). Некоторые американские исследователи высказывают предложения по закреплению в патентном праве инструмента, подобного *fair use* в авторском праве[1].

Так, по мнению М. О'Рурк, несанкционированное правообладателем использование патентоохраняемого объекта должно оцениваться на основании следующих пяти критериев: 1) характер преимуществ, связанных с нарушением; 2) цель несанкционированного использования; 3) сущность и степень провалов рынка, которые не позволили заключить лицензионные соглашения; 4) характер запатентованной разработки[2].

В соответствии с первым фактором она предложила оценить значение нарушения; наличие у ответчика более ценной инновации, чем запатентованное решение, которое он готов предложить рынку. Второй критерий предполагает ответ на вопрос, является ли использование некоммерческим, косвенно коммерческим или в полном смысле коммерческим. Чем «менее коммерческим» является использование, тем вероятнее, что оно является добросовестным. В соответствии с третьим критерием анализируются провалы рынка, которые привели к необходимости нарушения. Четвертый фактор требует установить, является ли произведение преобразующим: если нарушающее использование не оказывает отрицательного воздействия на рынок запатентованных разработок, можно говорить о добросовестном использовании. Важно также, насколько ценной инновацией является запатентованное изо-

[1] *Miller J.* Towards a Doctrine of Fair Use in Some of Patent Law // Intellectual Property Brief 2. No. 3 (2011) (https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1062&context=ipbrief).

[2] *O'Rourke M.* Toward a Doctrine of Fair Use in Patent Law // Columbia Law Review. 2000. No. 1177.

бретение. Что касается того, возмездный или безвозмездный характер должно носить добросовестное использование, то, по мнению автора, возможны (в зависимости от конкретных обстоятельств) оба варианта.

М. О'Рурк отмечает, что в патентном праве у полноценной доктрины добросовестного использования есть ряд заменителей (частных институтов), в том числе доктрина патентных злоупотреблений, «блокирующих патентов» (в соответствии с которой выдается принудительная лицензия в пользу правообладателя зависимого изобретения); институт использования в целях исследований и экспериментов и др. При этом, по мнению автора, наиболее активно доктрина добросовестного использования должна применяться в сфере IT-технологий, в том числе операционных систем, программного интерфейса приложений (на их патентоохраняемые элементы).

Обозначенная позиция заслуживает критики по нескольким причинам. Во-первых, нельзя не заметить, что автор смешивает «под вывеской» доктрины «добросовестного использования» принципиально различные между собой явления: границы исключительных прав и пределы осуществления. Предложенный М. О'Рурк тест содержит главным образом параметры, предполагающие исследование особенностей конкретного правового конфликта, которые не могут быть типизированы посредством установления универсального перечня допустимых действий с объектом любым третьим лицом. Прежде всего в данном случае речь идет об «объектном критерии» – готовности пользователя предложить некую ценную инновацию, которая при этом должна сопоставляться со спорным патентоохраняемым объектом правообладателя. Очевидно, что в таком случае уже не может быть речи о любом третьем лице. Во-вторых, применительно к обстоятельствам конкретного правового конфликта «взвешивается», чьи интересы в большей степени соответствуют интересам инновационного развития. В подобном контексте нельзя говорить о границах исключительных прав.

Таким образом, можно заключить, что балансовые тесты не должны использоваться национальными правопорядками для установления границ исключительных прав.

8. Здесь возникает новый вопрос: можно ли каким-либо иным образом обеспечить подвижность границ исключительных прав? Как было отмечено выше, при их установлении должны учитываться функции исключительных прав по стимулированию деятельности, оправданной с позиции базовых ценностей соответствующего института права интеллектуальной собственности. Необходимо при этом

понимать, что даже в рамках одного вида (объекты авторского права, патентоохраняемые объекты, средства индивидуализации) объекты интеллектуальной собственности неоднородны. Среди них можно выделить группы объектов, обладающих повышенной или, наоборот, пониженной значимостью с позиции функций исключительных прав. Так, например, в сфере патентного права выделяются пионерские изобретения[1], которые представляют собой резкий шаг вперед в техническом уровне, прорыв в технике, не обладают близкими аналогами. Очевидно, что они обладают наибольшей ценностью с позиции целей инновационного развития, научно-технического прогресса.

В сфере регулирования средств индивидуализации выделяются широко известные товарные знаки. В своем «развитии» конкретный товарный знак может пройти три этапа. С регистрацией в качестве товарного знака обозначение резервируется за конкретным предпринимателем, который приобретает возможность эксклюзивного использования соответствующего обозначения в отношении товаров (услуг) определенного вида. На втором этапе посредством рекламы, контроля качества маркируемых товарным знаком товаров правообладатель осуществляет продвижение товарного знака. В зарубежной доктрине данный этап иногда называется «программирование товарного знака»[2]. Наконец, на третьем происходит создание «бренд-имиджа». Товарный знак служит носителем комплекса информации, касающейся специфического жизненного стиля, поведения и статуса. Подобные обозначения и приобретают статут общеизвестных товарных знаков.

Объектные границы исключительных прав на пионерские изобретения и общеизвестные товарные знаки расширены в сравнении с границами исключительных прав на иные объекты. В формуле пионерских изобретений[3] могут использоваться широкие формулировки, под которые можно подвести множество частных признаков, встречающихся в материальных носителях. В то же время малозначительные изобретения – усовершенствования изначально описываются через

[1] В.А. Рясенцев выделял их в отдельную группу изобретений, отмечая, что они характеризуются большой общественной значимостью и (или) востребованностью (Патентоведение: учебник для вузов / под ред. В.А. Рясенцева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Машиностроение, 1984. С. 40–41).

[2] *Senftleben M.* The Trademark Tower of Babel – Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law // International Review of Intellectual Property and Competition Law. 2009. Vol. 40. No. 1. P. 46 (http://papers.ssrn.com/abstract_id=1723903).

[3] При условии грамотно составленной патентной заявки.

крайне узкие частные признаки, которые достаточно легко обойти при производстве продукта нарушения. При этом в сравнении с исключительными правами на полезные модели объектные границы исключительных прав на любые изобретения априори шире в связи с тем, что при их определении могут быть учтены не только признаки, указанные в формуле, но и им эквивалентные.

Максимально широкие объектные границы предусмотрены (при этом на законодательном уровне) для общеизвестных товарных знаков. В соответствии с п. 3 ст. 1508 ГК РФ нарушением прав на общеизвестный товарный знак признается использование сходного обозначения, в том числе в отношении товаров, неоднородных с теми, в отношении которых такой товарный знак признан общеизвестным, при условии, что потребители ассоциируют товары (услуги) нарушителя с правообладателем общеизвестного товарного знака. Таким образом, исключительные права на общеизвестные товарные знаки распространяются в том числе на неоднородные товары (работы и услуги). При этом для признания использования сходного с известным брендом обозначения незаконным достаточно одних ассоциаций потребителей. Введения в заблуждение в данном случае не требуется.

На уровне судебной практики сформировался правильный подход: территориальные границы исключительного права на коммерческое обозначение зависят от того, на какой территории известно данное обозначение. Соответственно, они расширяются по мере роста известности обозначения[1].

Таким образом, можно заключить, что границы исключительных прав могут (должны) сужаться (расширяться) в зависимости от того, насколько значимой (ценной) является разновидность объектов интеллектуальной собственности с позиции базовых ценностей и функций соответствующего института исключительных прав, насколько государство заинтересовано в стимулировании создания именно таких объектов. Чем выше изобретательский (инновационный) уровень изобретения, оригинальность, творческий вклад у произведения, различительная способность средства индивидуализации, тем шире должны быть границы. При этом данный принцип не должен ограничиваться указанными выше ситуациями.

Начнем с того, что изобретения с высокой степенью инновационности должны рассчитывать на более широкое применение доктрины

[1] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 4 июля 2018 г. по делу № А14-5540/2017; от 9 апреля 2019 г. по делу № А32-53611/2017.

эквивалентов, чем узкие изобретения с невысоким изобретательским уровнем. Должны дифференцироваться границы исключительных прав на промышленные образцы с незначительным и высоким уровнем оригинальности. В случае с первыми контроль правообладателя должен распространяться лишь на изделия, которые содержат все существенные признаки промышленного образца. В то же время исключительное право на промышленный образец с высоким уровнем оригинальности должен распространяться в том числе и на изделия, которые отличаются по некоторым существенным признакам, но все равно производят на информированного потребителя такое же впечатление, как и промышленный образец.

На основе данного принципа должна применяться доктрина существенной части как инструмент установления объектных границ авторских прав. В данном случае должно действовать правило: чем выше творческий уровень, оригинальность фрагмента, тем меньшим он может быть по размеру для получения правовой охраны.

В некоторых (пусть и достаточно редких) случаях правообладатель может контролировать даже использование отдельных фраз, словосочетаний. Прежде всего это возможно при включении словосочетания в название произведения. Здесь важно учитывать два обстоятельства. Во-первых, «место размещения» словосочетания (в названии, заголовке), которое «выпячивает» его перед читателями, в связи с чем читатели легко начинают связывать словосочетание с конкретным произведением. Во-вторых, оригинальность, творческий уровень такого названия. Так, вряд ли правовая охрана может быть предоставлена таким названиям произведений, как «Лес и степь», «Месяц в деревне» (рассказы И.С. Тургенева).

Интерес в рассматриваемом аспекте представляет правовая позиция, сформулированная британскими судами в деле *Designers Guild Ltd. v Russell Williams* (*Textiles*) *Ltd.* (*Tradingas Washington DC*). Как было констатировано судом, «при установлении того, была ли ответчиком использована существенная часть чужого произведения или нет, суд должен задаться вопросом: взял ли предполагаемый нарушитель существенную часть «умения и труда» первоначального автора. Существенная часть работы должна быть оригинальной».

Критерии самостоятельности и узнаваемости могут использоваться прежде всего при решении вопроса, распространяется ли правовая охрана на персонажи произведения. В данном контексте указанные признаки могут рассматриваться в качестве «проявлений» существенности элемента произведения.

Данные признаки получили раскрытие в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». В соответствии с п. 82 Разъяснений под «персонажем следует понимать совокупность описаний и (или) изображений того или иного действующего лица в произведении в форме (формах), присущей (присущих) произведению: в письменной, устной форме, в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме и др.». При этом отмечено, что суды должны устанавливать, «обладает ли конкретное действующее лицо произведения достаточными индивидуализирующими его характеристиками: в частности, определены ли внешний вид действующего лица произведения, характер, отличительные черты (например, движения, голос, мимика, речевые особенности) или другие особенности, в силу которых действующее лицо произведения является узнаваемым даже при его использовании отдельно от всего произведения в целом».

При установлении факта нарушения прав на персонаж стандарт доказывания должен различаться в зависимости от того, насколько сильны отличительные (индивидуализирующие) черты персонажа, прежде всего его имя. В некоторых случаях достаточно показать, что предполагаемый нарушитель использует лишь одно имя персонажа, чтобы говорить о нарушении. Представим, например, что предполагаемый нарушитель использует имя Дейенерис Таргариен. Данное имя является оригинальным. Читатели (зрители) четко связывают его с романом «Песнь льда и пламени» и телесериалом «Игра престолов». В таком случае нарушителю уже не обязательно специально описывать героиню как молодую женщину с белыми волосами и фиолетовыми глазами. Одного использования имени будет достаточно для того, чтобы говорить о нарушении исключительных прав.

Важно обратить внимание еще на один момент. В течение длительного времени российские суды отмечали, что «институт авторского права не оперирует категорией сходства до степени смешения»[1]. Между тем, как представляется, в делах, связанных с переработкой произведений, использованием отдельных элементов произведения, критерия сходства не избежать. Другой вопрос, что он должен носить не определяющий характер, а рассматриваться в качестве одного из обстоятельств.

[1] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 14 мая 2015 г. № С01-332/2015 по делу № А19-2243/2014.

Объектные границы на товарные знаки должны различаться в зависимости от того, насколько «эффективным» товарный знак является с позиции его функции: они расширяются для обозначений, обладающих повышенной различительной способностью. Притом речь идет как об изначальной различительной способности, так и о приобретенной.

Изначальная различительная способность определяется объективной оригинальностью товарного знака. Если товарный знак является нетривиальным, причудливым, то исключительное право правообладателя распространяется на достаточно широкий спектр возможных модификаций зарегистрированного обозначения. Правообладатель может пресекать использование в том числе обозначений, в которых были заменены отдельные элементы товарного знака. Иными словами, при высокой различительной способности товарного знака степень смешения может быть невысокой (достаточно средней степени смешения). Это объясняется тем, что подобные оригинальные обозначения изначально воспринимаются потребителями в качестве средств индивидуализации. Со случайными и тем более описательными, суггестивными[1] обозначениями у потребителей могут быть связаны самые различные представления, в том числе касающиеся родовых характеристик товаров. В то же время оригинальные обозначения даже после их существенной модификации продолжают рассматриваться как указатели на конкретный источник происхождения товаров.

Изначальная различительная способность товарного знака может быть обозначена как «сила» товарного знака. Именно данный термин используется в американской судебной практике. Как неоднократно отмечалось судами США, чем «слабее» товарный знак, тем выше должно быть сходство между ним и используемым ответчиком обозначением для того, чтобы суд признал права на товарный знак нарушенными[2].

В российском праве понятия «сильный»/«слабый» используются в отношении элементов, которые входят в состав товарного знака и,

[1] Суггестивный товарный знак (вызывающий ассоциации) – обозначение намекает на характеристики продукта не напрямую, а через ассоциации. По общему правилу пользуется правовой охраной.

[2] *Smith Fiberglass Prods., Inc. v. Ameron, Inc.*, 7 F.3d 1327 (7th Cir. 1993); *Dr. Seuss Enters., LP v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1404 (9th Cir. 1997); *Dreamwerks Prod. Group, Inc. v. SKG Studio*, 142 F.3d 1127 (9th Cir. 1998); *8 Id. 9 AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341, 348-49 (9th Cir. 1979); see also *Polaroid Corp. v. Polarad Elecs. Corp.*, 287 F.2d 492, 495 (2d Cir. 1961).10 GoTo.com, 202 F.3d at 1207. 11 Id. 12 Id. 13 Brookfield Comm., 174 F.3d at 1058.

соответственно, могут быть использованы в обозначении предполагаемого нарушителя. Посредством данных критериев также задаются объектные границы исключительного права на знак. Как разъяснил Пленум Верховного Суда РФ в п. 162 Постановления № 10 от 23 апреля 2019 г., при установлении сходства товарного знака и обозначения, используемого иным субъектом, суд учитывает, в отношении каких элементов имеется сходство – сильных или слабых элементов товарного знака и обозначения. Сходство лишь неохраняемых элементов во внимание не принимается.

Различительная способность товарного знака (в том числе и достаточно тривиального) может значительно возрасти в результате активного использования, приобретения обозначением известности, репутации и т.п. В таком случае по мере повышения ценности товарного знака (с позиции его функций) расширяются и объектные границы исключительного права. На это прямо указывает п. 162 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10. В соответствии с данными разъяснениями суд при установлении вероятности смешения оценивает в том числе следующие обстоятельства: используется ли товарный знак правообладателем в отношении конкретных товаров; длительность и объем использования товарного знака правообладателем; степень известности, узнаваемости товарного знака. На необходимость учета данных обстоятельств высшие судебные инстанции указали и при рассмотрении конкретных дел[1].

При приобретении товарным знаком в результате использовании высокой различительной способности контроль правообладателя распространяется в том числе на обозначения, обладающие средней (незначительной) степенью смешения. Обозначение может еще не приобрести статус общеизвестного, но между ним и товарами производителя может быть установлена крепкая связь. При этом с товарным знаком могут быть уже связаны определенные представления потребителей, у него может быть определенный имидж. В то же время наиболее узкие объектные границы будут у товарных знаков, которые в принципе не используются, так как в таком случае нельзя говорить о введении потребителей в заблуждение как условии ответственности за нарушение.

[1] Определения Верховного Суда РФ от 5 декабря 2017 г. № 300-КГ17-12018, № 300-КГ17-12021 и № 300-КГ17-12023); Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 июля 2006 г. № 2979/06 и № 3691/06.

Таким образом, следует заключить, что при рассмотрении дел о нарушении исключительных прав на товарные знаки судам следует руководствоваться некоей шкалой степеней сходства. Общая схема, которая может быть скорректирована в зависимости от обстоятельств дела, заключается в следующем. Для защиты обычных товарных знаков (без репутации и истории) нужна высокая степень сходства, а для защиты товарного знака с репутацией достаточно средней степени.

Российские суды при принятии решения по делу о нарушении исключительного права нередко придерживались в целом схожей логики[1], но до конца обозначенная формула ими не была выведена.

9. Следующий вопрос, который необходимо рассмотреть в рамках заявленной темы, – на каких принципах должны выстраиваться пределы осуществления и защиты исключительных прав.

Как справедливо было отмечено Д. Бурком и М. Лемли применительно к патентному праву, в теории такое право технологически нейтрально, на практике оно зависит от специфики конкретных отраслей техники[2]. Подобно границам исключительных прав пределы их осуществления должны быть общими и универсальными для всех исключительных прав соответствующего типа, а при их применении должны учитываться особенности конкретного рынка, инновационных процессов и актуального конфликта интересов.

В данном случае оправданно обратиться прежде всего к теории Г. Калабрези и Д. Меламеда, разграничивающей «правило ответственности» (*liability rule*) и «правило собственности» (*property rule*)[3]. Если актив защищен юридически «правилом собственности», то его обладатель может запретить его несанкционированное использование любым иным лицом. Единственная возможность заинтересованного лица легально использовать соответствующий объект – это получить согласие управомоченного лица. Если актив защищен при помощи «правил ответственности», то действует принципиально иная логика. Заинтересованный субъект может получить доступ к активу без согла-

[1] См., например: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 11 октября 2018 г. № С01-786/2018 по делу № А40-158782/2017; решение Суда по интеллектуальным правам от 11 июля 2018 г. по делу № СИП-137/2018.

Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25 декабря 2013 г. по делу № А40-221/2013.

[2] *Burk D., Lemley M.* Is Patent Law Technology-Specific? // Berkeley Technology Law Journal. 2002. Vol. 17 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=349761).

[3] *Calabresi G., Melamed D.* Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral // Harvard Law Review. 1972. Vol. 85.

сия управомоченного лица, если он готов заплатить за него объективно определенную стоимость.

Выбор применимого правила, по мысли авторов, зависит от нескольких обстоятельств. Во-первых, учитывается, насколько сложно или легко определить ущерб от изъятия права (цену выкупа). Если высок риск ошибки, применять правило ответственности рискованно по причине того, что это создаст неверные стимулы с точки зрения инвестиций в новые продукты. Во-вторых, должны учитываться издержки на нахождение контрагента, согласование условий договора, заключение сделки и т.п. Если такие издержки достаточно высоки, для реализации некоего экономического решения инициатору требуется выкупить согласие множества лиц, и каждое из них может заблокировать решение посредством отказа, то выбор должен быть сделан в пользу «правила ответственности». В ситуации, когда имеется две стороны, которые могут друг друга легко идентифицировать, то следует блокировать недобровольные транзакции и допускать только добровольные.

В таком случае вмешательство в сферу господства правообладателя (посредством принудительного лицензирования, отказа в удовлетворении требования о запрете на дальнейшее использование) возможно прежде всего в тех сферах, где действует «правило ответственности». В тех же случаях, где действует «правило собственности», любые такие ограничения (второго по отношению к ст. 10 ГК РФ уровня) должны применяться в качестве экстраординарных мер. Так, в случае с патентным и авторским правом (в части программ для ЭВМ) условия для применения «правил ответственности» существуют на рынках комплексных инноваций (IT-технологий, телекоммуникаций, электроники).

Во-первых, для таких рынков характерны очень высокие затраты на поиск патентов. Большинство продуктов, которые производятся на данном рынке, включают в себя сотни, а то и тысячи запатентованных решений, программ для ЭВМ. Так, например, в смартфонах используется более 250 тыс. различных запатентованных технологий, которые принадлежат различным правообладателям. Микропроцессор сам по себе включает в себя тысячи запатентованных решений.

Участникам таких рынков объективно сложно (а подчас невозможно) установить все исключения, которые существуют на рынке и которые он может нарушить. При этом даже если субъект и обнаружит конкретный патент, он не всегда сможет сделать правильный вывод относительно того, нарушает он его или нет. Как отмечается экспертами,

признаки формулы изобретений в сфере программного обеспечения сформулированы, как правило, достаточно широко и расплывчато.

Ситуацию усугубляет тот факт, что многие патенты на данных рынках находятся «в руках» непрактикующих[1] юридических лиц. Участникам рынка сложно определить потенциально релевантные, но не используемые патентоохраняемые решения, которыми владеют такие субъекты.

В-вторых, особенность таких рынков – высокие затраты на переговорный процесс. Даже если предположить, что компания установит абсолютно всех правообладателей, ей будет крайне сложно и затратно договориться со всеми правообладателями о предоставлении лицензии.

В-третьих, рынкам IT-технологий, телекоммуникаций, электроники присущи высокие риски, связанные с промедлением, отложением выхода на рынок. Подобные рынки очень стремительно развиваются. Длительное исследование рынка, получение множества лицензий может привести к тому, что предполагаемый к выведению на рынок продукт потеряет свою актуальность.

В-четвертых, на данных рынках относительно несложно (по крайне мере в сравнении с иными инновационными рынками) определить цену выкупа права на использование охраняемого решения. Участники таких рынков достаточно активно лицензируют свои разработки. Создание комплексного инновационного продукта требует от них взаимообмена правами на использование патентоохраняемых разработок, программное обеспечение. На западных рынках многие разработки лицензируются через патентные пулы, которыми устанавливаются четкие и прозрачные ставки роялти. В таком случае у судов существует достаточно много ориентиров для расчета цены использования спорного патентоохраняемого объекта.

В-пятых, на рассматриваемых рынках у правообладателей патентоохраняемых разработок (прежде всего необходимых для стандарта), значимых программных продуктов (например, операционной системы) есть реальная возможность заблокировать реализацию экономического решения участников рынка по выводу на рынок нового инновационного продукта, в котором используются, помимо спорной разработки, многие другие инновационные объекты.

[1] Компании, которые не производят и не предлагают рынку высокотехнологические товары, притом что являются обладателями патентов на изобретения в соответствующей сфере. Основной их разновидностью являются рассмотренные выше патентные тролли.

С последней особенностью тесно связана еще одна. Удовлетворение требования о запрете на использование объекта интеллектуальной собственности в комплексном продукте создаст на стороне нарушителя существенные имущественные потери, которые могут в значительной мере превосходить убытки, понесенные правообладателем в связи с нарушением. При этом могут быть нарушены интересы потребителей.

Представим себе наиболее типичную для споров IT-компаний ситуацию. Нарушитель незаконно использовал техническое решение, являющееся одним из элементов его продукта. В таком случае (исключение в данном случае составляет лишь намеренное копирование нарушителем чужого продукта, влекущее нарушение множества патентов) очевидно, что он внес существенные инвестиции в производство данного продукта; получил патенты и лицензии на использование его отдельных элементов, отладил производство. Необходимость изъятия из таких продуктов даже самого незначительного элемента может привести к тому, что производственная деятельность субъекта будет блокирована. Ему придется нести колоссальные расходы на «перенастройку» производства. При этом потребители не увидят (по крайне мере в ближайшее время) его собственных инновационных решений, которые он предполагал использовать в продукте. Переход к альтернативным запатентованной технологии решениям может потребовать от субъекта замены других компонентов и элементов, в которых не используется спорный объект.

Принципиально иным образом дела обстоят, например, на фармацевтическом рынке. Количество патентов, охватывающих лекарственный препарат как основной продукт, на данном рынке незначительно. В лучшем случае речь идет об одном первичном патенте на активный ингредиент и о нескольких вторичных патентах (на способ применения, фармацевтическую композицию, маршрут доставки и т.п.). Для потенциального лицензиата не составляет какого-либо труда установить данные патенты. Когда фармацевтическая компания разрабатывает воспроизведенный (дженериковый) препарат, биоэквивалентный инновационному оригинальному препарату, ей прекрасно известно, какими патентами охватывается последний. В связи с этим нельзя говорить о высоких затратах на поиски чужих патентов. При этом нарушитель, как правило, не вкладывает средств в создание каких-либо комплементарных с основным патентом разработок.

Фармацевтический рынок не является рынком комплексных инноваций. Для создания коммерчески привлекательных продуктов не требуется объединять множество разработок, права на которые

принадлежат различным лицам. Выход нового субъекта на такой рынок не зависит от получения им доступа к конкретным патентоохраняемым объектам. Фармацевтические компании могут разрабатывать собственные прорывные препараты; производить те препараты, срок патентной охраны которых истек. В том случае, когда они выводят на рынок дженериковый препарат до истечения патента на оригинальный препарат, они попросту паразитируют на разработках и инвестициях своих конкурентов, не предлагая рынку ничего нового. Подобные их действия не могут быть оправданны с позиции целей патентного права – стимулирования инновационного развития. У нарушителей, как правило, отсутствуют дополняющие препарат разработки, которыми они могли бы обменяться, в том числе с правообладателем, и в реализации которых заинтересовано общество. В любом случае от того, как им удастся договориться с правообладателем – оригинальным производителем, не зависит выход на рынок сложного инновационного продукта, включающего привлекательные для потребителей инновационные решения иных, помимо правообладателя, лиц.

Сложно, если не сказать невозможно, применительно к фармацевтическим препаратам установить справедливую «выкупную цену». Во-первых, большинство фармразработок не имеет ближайших аналогов, в отношении которых ранее выдавались лицензии, причем сам правообладатель не лицензирует спорное изобретение. Вообще практика лицензирования патентов не носит на фармацевтическом рынке массового характера. Фармацевтические компании либо в принципе не предоставляют лицензий, либо «делятся» со «связанными» компаниями[1].

Во-вторых, даже очень высокая выплата (которую, может быть, не готов заплатить уже дженериковый производитель – нарушитель) не способна компенсировать правообладателю потерю эксклюзивности. Начнем с того, что с появлением у правообладателя конкурента – производителя дженерика оригинальные препараты теряют около 75% всех назначений в течение трех месяцев после выхода на рынок дженерика и более 80% – по истечении полугода[2]. Таким образом, только для того, чтобы покрыть измеримую упущенную выгоду правообладателя, с нарушителя (при условии отказа в наложении на него

[1] Очевидно, что условия подобных соглашений не могут выступать ориентиром при оценке рыночной стоимости права на использование для несвязанного субъекта.

[2] См.: *Guha R., Salgado M.* The Economics of Irreparable Harm in Pharmaceutical Patent Litigation. URL: https://cornerstone.com/Publications/Research/The-Economics-of-Irreparable-Harm-in-Pharmaceutical-Patent-Litigation

постоянного запрета на использование патентоохраняемого объекта) должна ежегодно взыскиваться большая часть полученной им прибыли от реализации дженерика. При этом на стороне правообладателя – фармацевтической компании также возникают невосполнимые потери, которые нельзя четко измерить. С позиции экономического анализа к такому вреду следует отнести главным образом снижение инвестиций в исследования и разработки. Речь в данном случае идет не о потере стимула к инновационной деятельности (хотя и это происходит при недостаточной защите исключительных прав), а о том, что у правообладателя не оказывается нужных средств на подобную деятельность. Оригинаторы, как правило, финансируют свои исследования и разработки из внутренних ресурсов, а не из заемных средств. Потеря прибыли (пусть даже временная) от выхода на рынок дженерика приведет к тому, что у оригинаторов окажется недостаточно средств для инвестирования в новые разработки.

В другой своей статье Д. Меламед (в соавторстве с У. Ли)[1] применительно к сфере патентного права определил еще один важный критерий, в зависимости от которого должен осуществляться выбор между «правилом ответственности» и «правилом собственности». Речь идет о том, заинтересован ли правообладатель в выдаче лицензий на свою разработку или нет.

Д. Меламед и У. Ли выделили две категории истцов в делах о нарушении исключительных прав: «заинтересованный лицензиар» (*willing licensor*) и «незаинтересованный лицензиар» (*unwilling licensor*). При защите исключительных прав первых оправданно применять «правило ответственности». В случае нарушения прав вторых должно строго действовать «правило собственности».

К первой категории относятся патентообладатели, которые обладают объективным правомерным интересом в лицензировании запатентованной разработки. Следовательно, в случае нарушения их исключительных прав суду достаточно взыскать в их пользу убытки (компенсацию) и установить размер отчислений за будущее использование патентоохраняемого объекта. В наложении запрета на использование ответчиком патентоохраняемого объекта у них нет интереса.

[1] *Lee W., Melamed D.* Breaking the Vicious Cycle of Patent Damages // Cornell Law Review. March 12, 2015. Vol. 101, Forthcoming; Stanford Public Law Working Paper No. 2577462; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 477 (https://ssrn.com/abstract=2577462).

Наибольшее число подобных правообладателей на рассмотренных рынках комплексных инноваций (цифровых технологий, телекоммуникаций, электроники). Большинство запатентованных решений на таких рынках не могут быть сами по себе воплощены в отдельном продукте без их объединения с множеством иных элементов. Таким образом, по сути, единственный доступный такому правообладателю способ коммерциализации инновации – это выдача лицензии. Он заинтересован лишь в том, чтобы нарушитель заплатил за использование лицензии.

Категория *willing licensor* включает в себя прежде всего правообладателей, а стандарт – необходимые патенты. Такие правообладатели, как было отмечено выше, добровольно приняли на себя обязательство лицензировать свои разработки всем заинтересованным лицам на условиях FRAND.

Ко второй категории относятся патентообладатели, которые заинтересованы в эксклюзивном использовании патентоохраняемого объекта. Поскольку они сами являются производителями инновационных продуктов. Появление конкурентов может существенно навредить их бизнесу. При этом выгода от получения роялти за использование объекта не способна покрыть вред от потери эксклюзивности. Проще говоря, «незаинтересованный лицензиар» – это тот, кто ожидает, что выгоды от эксклюзивности (по крайней мере по отношению к потенциальному лицензиату) будут больше, чем потенциальные лицензионные роялти.

Подобная ситуация будет иметь место и в ситуации, когда правообладатель коммерциализирует свою разработку посредством договора исключительной лицензии. В таком случае появление иного лица, который может использовать патентоохраняемый объект, подрывает бизнес – схему правообладателя и его лицензиата, не позволяя им получать прибыль, на которую они рассчитывали.

Для эффективной и полной защиты нарушенных исключительных прав «незаинтересованных лицензиаров» в обязательном порядке требуется удовлетворение требования о запрете на дальнейшее использование (пресечение действий, представляющих собой нарушение). Исходя из сказанного выше, фармацевтические компании должны быть однозначно отнесены ко второй группе патентообладателей.

Таким образом, все обозначенные особенности рынков комплексных инноваций указывают на допустимость применения при защите исключительного права «правила ответственности». Следует, однако, оговориться, что оно не должно абсолютизироваться и носить

универсальный характер. Правоприменитель должен проверять (посредством специальных тестов) наличие обозначенных признаков в каждом конкретном случае. Так, скажем, нужно разграничивать, с одной стороны, запатентованные разработки, которые необходимы для создания и функционирования типового продукта (поддержания общих видовых характеристик, которые присущи продуктам всех участников рынка); с другой стороны, разработки, которые определяют уникальные эксклюзивные признаки продукта конкретного правообладателя, но в отсутствие доступа к которым иные участники рынка все равно могут производить конкурентоспособные продукты конкретного вида[1]. В случае с последними судам, вероятно, следует поддерживать эксклюзивность патентообладателя посредством наложения на нарушителя судебного запрета на дальнейшее использование. В то же время на фармацевтическом рынке должно применяться «правило ответственности». Соответственно, предоставление принудительной лицензии, отказ в удовлетворении требования о запрете на дальнейшее использование фармизобретения может рассматриваться в качестве экстраординарной меры.

[1] В качестве примера можно привести патент компании *Samsung* на трехсекционный дисплей для смартфонов – «электронное устройство с множеством дисплеев и способ управления им».

**Н.В. Щербак**

# ПРОБЛЕМЫ РАСШИРЕНИЯ СФЕРЫ СВОБОДНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И СРЕДСТВ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ

Несмотря на то что вопросы свободного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации достаточно хорошо изучены и доктринально, и с точки зрения правоприменения, Суд по интеллектуальным правам совместно с Российской школой частного права 16 июля 2020 г. провел заседание Научно-консультативного совета в онлайн-формате по обсуждению модельных дел, основанных на практике Суда по интеллектуальным правам[1]. Это связано с тем, что во многих случаях классические подходы в указанной сфере оказываются неэффективными, особенно с учетом цифровизации результатов интеллектуальной деятельности. Все это требует серьезного гражданско-правового переосмысления вопросов доступа к результату интеллектуальной деятельности, его воспроизведению, распространению его копий (введению в гражданский оборот), модификации в поисках баланса интересов между правообладателями и пользователями с точки зрения объективной добросовестности, запрета злоупотребления субъективным исключительным правом, запрета на извлечение преимуществ из своего незаконного или недобросовестного положения и др.

Существующее законодательство в сфере защиты интеллектуальных прав было сформировано в тот период, когда сеть «Интернет» и информационные технологии не были повсеместно востребованы, в силу чего оно содержит значительное количество пробелов. К 2008 г. данный процесс был в основном завершен, но отечественное гражданское законодательство вплоть до 2014 г. практически не затронуло вопросы регулирования цифровой среды[2]. В то же время в США и практически

[1] http://privlaw.ru/video-share/video-share-2020/video2020-7/

[2] Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ, вступившим в силу с 1 октября 2014 г., был внесен ряд важных изменений в часть четвертую ГК РФ. Часть из них касалась использования результатов интеллектуальной деятельности в информацион-

во всех европейских странах законодательство, регулирующее деятельность сети «Интернет», ныне существует на высоком уровне[1]. Россия остается, пожалуй, единственной страной, в которой нет достаточного законодательного регулирования в указанном сегменте, в том числе и деятельности интернет-сообщества.

Ключевую роль в понимании указанных ограничений выполняет правило, согласно которому использование произведения без разрешения автора и выплаты ему вознаграждения не допускается. В качестве исключения в некоторых случаях допускается свободное использование произведений науки, литературы и искусства в личных, информационных, научных, учебных, культурных целях без намерения извлечь выгоду, при условии, что данное произведение правомерно опубликовано, т.е. введено в гражданский оборот с разрешения автора.

Попробуем сформулировать базовые параметры данного подхода: указанные исключения не применяются в отношении воспроизведения произведений архитектуры в форме зданий и аналогичных сооружений; воспроизведения баз данных или их существенных частей; воспроизведения программ для ЭВМ (кроме случаев, предусмотренных ст. 1280 ГК РФ); репродуцирования книг (полностью) и нотных текстов; видеозаписи аудиовизуального произведения при его публичном исполнении в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, и воспроизведения аудиовизуального произведения с помощью профессионального оборудования, не предназначенного для использования в домашних условиях[2].

---

но-телекоммуникационных сетях, изменениям были подвергнуты в том числе нормы, посвященные свободному использованию результатов интеллектуальной деятельности.

[1] Научные исследования показывают, что более половины американских корпораций уже используют облачные технологии. В Европейском союзе совокупное экономическое влияние таких систем, по прогнозам, составило 940 млрд евро в период с 2015 по 2020 г. По данным исследовательской и консалтинговой компании *Gartner*, специализирующейся на рынках информационных технологий, в период с 2017 г. мировой рынок облачных технологий вырос до 246,8 млрд дол. США, а до 2020 г. стратегия перехода «в облако» будет определяющей для более чем 50% корпоративных сделок по IT-аутсорсингу (*N. Antonopoulos, L. Gillam. L. Cloud*. Computing: Principles, Systems and Applications // https://books.google.ru/books?id=SbSbdkqibwIC&pg=PA4&hl=ru&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false (дата обращения: 31 июля 2020 г.)).

[2] Указанное правило было, по сути, продублировано в абз. 3 п. 97 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10. «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

В соответствии с разъяснениями, содержащимися в п. 97 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, «допускается без согласия автора или иного правообладателя воспроизведение, осуществляемое только гражданином и только в личных целях, под которыми по смыслу ст. 1273 ГК РФ понимается последующее некоммерческое использование соответствующего экземпляра для удовлетворения собственных потребностей или потребностей обычного круга семьи этого гражданина (который определяется судом с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела)». При этом под использованием произведения при необходимости понимается использование в единичных экземплярах или ограниченном количестве, количество которых оправданно и необходимо для удовлетворения названных потребностей.

В ст. 1274 ГК РФ перечислены наиболее распространенные случаи свободного использования произведений без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования:

– цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования;

– использование правомерно обнародованных произведений и отрывков из них в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телепередачах, звуко- и видеозаписях учебного характера в объеме, оправданном поставленной целью;

– воспроизведение в прессе, сообщение в эфир или по кабелю правомерно опубликованных в газетах или журналах статей по текущим экономическим, политическим, социальным и религиозным вопросам или переданных в эфир произведений такого же характера в случаях, когда такое воспроизведение или сообщение не было специально запрещено автором или иным правообладателем;

– воспроизведение в прессе, сообщение в эфир или по кабелю публично произнесенных политических речей, обращений, докладов и других аналогичных произведений в объеме, оправданном информационной целью.

При этом за авторами таких произведений сохраняется право на их опубликование в сборниках, на воспроизведение или сообщение для всеобщего сведения в обзорах текущих событий средствами фотографии, кинематографии, путем сообщения в эфир или по кабелю произведений, которые становятся увиденными или услышанными

в ходе таких событий, в объеме, оправданном информационной целью; на воспроизведение без извлечения прибыли рельефно-точечным шрифтом или другими специальными способами для слепых (кроме произведений, специально созданных для воспроизведения такими способами).

В том случае, когда библиотека предоставляет экземпляры произведений, правомерно введенные в гражданский оборот, во временное безвозмездное пользование, такое пользование допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения. При этом выраженные в цифровой форме экземпляры произведений, предоставляемые библиотеками во временное безвозмездное пользование, в том числе в порядке взаимного использования библиотечных ресурсов, могут предоставляться только в помещениях библиотек при условии исключения возможности создать копии этих произведений в цифровой форме. Общее правило состоит в том, что библиотеки вправе на основании предусмотренного для них ограничения исключительного права на произведение предоставлять имеющиеся в наличии экземпляры произведений в пользование, но не вправе создавать новые экземпляры (за исключением случаев, специально предусмотренных ст. 1275 ГК РФ) или содействовать созданию таких новых экземпляров. Особый порядок установлен в отношении экземпляров произведений в цифровой форме, которые вообще не должны покидать помещения библиотек и доступ к которым должен контролироваться библиотеками с целью недопущения несанкционированного копирования.

Для того чтобы лучше понять смысл и содержание этого исключения, необходимо иметь в виду следующее: библиотеки в ЕС извлекают выгоду из сформулированного на уровне ЕС исключения для права на воспроизведение для определенных видов копирования, как, например, для целей сохранения. Единственная цель сохранения и архивирования может заключаться в создании копий для замены произведения, если оригинал поврежден, утерян или уничтожен; когда оригинал должен быть восстановлен или необходим новый формат произведения взамен вышедшего из употребления (изменение формата); чтобы избежать дальнейшего износа носителя произведения. Большинство государств-участников ясно указывают на использование технологий цифрового копирования и копирования на цифровые носители, но некоторые государства-участники ограничили исключение письменными текстами, так как если бы библиотеки предоставляли неограниченный онлайн-доступ к электронным книгам, то такая прак-

тика заменила бы собой обычные продажи[1]. В своих национальных законодательствах государства-участники ЕС в обязательном порядке ввели согласованные исключения. В дополнение к этому, в целях поддержания массовой оцифровки культурного фонда на уровне ЕС было поддержано заключение в частном порядке соглашений, делающих доступными не находящиеся в продаже книги.

Установленные правила не дают библиотекам никаких прав на использование произведений каким-либо иным способом, отличным от предоставления имеющихся экземпляров во временное безвозмездное пользование. В частности, библиотеки не вправе без согласия правообладателей размещать произведения в цифровых сетях или предоставлять к ним удаленный доступ. На сегодняшний день и в России существует тенденция к переводу фондов библиотек в электронную форму для последующего хранения и иного использования. С учетом значимости развития библиотечного дела очень важно найти решение, которое отвечало бы интересам и правообладателей, и граждан. Воспринятый ст. 1275 ГК РФ подход запрещает возможность открытого доступа не из стен библиотек, кроме случаев создания копий небольших статей в научных целях.

Создание произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этой пародии либо карикатуры допускаются без согласия автора или иного обладателя исключительного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознаграждения. Пародия обладает иммунитетом против обвинений в плагиате, потому что никогда не смешивается с основным произведением. Но обязательно должна быть сохранена дистанция между обоими произведениями.

Институт пародирования появился в результате заимствования подхода, закрепленного в Директиве 2001/29/Европейского парламента и Совета Евросоюза от 22 мая 2001 г. Однако данное ограничение авторских прав не рассматривается в качестве обязательного; каждому из государств – членов ЕС дана возможность самостоятельно решать вопрос о том, насколько допустимо закрепление подобной нормы в национальном законодательстве. Например, в законодательство об авторском праве Великобритании только 1 октября 2014 г. были

[1] Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (Директива о защите интеллектуальной собственности) // http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/

внесены изменения, предусматривающие исключения из авторского права для целей карикатуры, пародии или попурри, при условии, что такое использование должно быть добросовестным[1].

При этом дефиниции пародии, карикатуры и попурри не закреплены законодательно, так как толкование этих терминов возложено на усмотрение суда. Однако *U.K. Copyright office* опубликовал у себя на сайте разъяснение, согласно которому слова «карикатура», «пародия» или «попурри» имеют обычный смысл, используемый в повседневном языке, но необходимо принимать во внимание также контекст и цели исключений из авторского права. В широком смысле пародия имитирует работу для юмористического или сатирического эффекта, она происходит из существующей работы, но в то же время заметно отличается от нее. При этом отмечается, что пародия действительно подразумевает выражение юмора или насмешек, но она не должна комментировать оригинальное произведение или его автора, но может быть использована для комментирования любой темы или цели[2].

Многие континентальные законодательства рассматривают цитату как легитимный способ использования чужого произведения без согласия автора. Обычно цитирование осуществляется в отношении литературных произведений, однако в музыковедческой литературе допускается цитирование музыкальных произведений. Первое модельное дело, по которому просил высказаться научное сообщество Суд по интеллектуальным правам, заключалось в том, что истец обратился в суд с требованием о взыскании компенсации за неправомерное использование фотографий. Фотографии были размещены истцом на своем сайте и содержали изображение вновь построенных в городе социальных объектов.

Ответчик включил данные фотографии в уменьшенном виде в свой новостной обзор, посвященный социально значимым событиям города, и разместил их у себя на сайте, зарегистрированном в качестве СМИ. В свою очередь, ответчик отрицал нарушение прав истца, аргументируя это тем, что фотографии истца не охраняются авторским правом, поскольку они являются не охраняемым авторским правом сообщением о событиях и фактах, имеющим исключительно информационный характер (подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ), а фотографии использованы ответчиком правомерно путем цитирования для инфор-

[1] Copyright, Designs and Patents Act 1988 // http://www.legislation.gov.uk

[2] Exceptions to copyright: Guidance for creators and copyright owners // http://www.gov.uk/government/publications/changes-to-copyright-law

мационных целей, чтобы сообщить об актуальных событиях в городе (подп. 3 п. 1 ст. 1274 ГК РФ). Истец возражал, указывая, в частности, что ответчик осуществляет коммерческую деятельность, фотографии использовал в целях извлечения прибыли, поэтому такое использование нельзя признать цитированием в информационных целях. Более того, ответчиком не соблюдено требование к объему цитирования, в данном случае – полностью использованы фотографии истца.

Все это свидетельствует о необходимости вновь обратиться к аспектам теории цитирования. При цитировании объект интеллектуальной собственности должен последовательно пройти ряд тестов. Итак, *первый тест* – имело ли место заимствование результата интеллектуальной деятельности, в нашем случае – фотографии в научных, полемических, критических, информационных и учебных целях? При положительном ответе на первый тест можно переходить ко второму. *Второй тест* – были ли соблюдены личные неимущественные права автора и необходимо ли наличие ссылки на источник заимствования? Применительно к цитированию фотографии на сайте ответчика речь должна идти о размещении цитаты с использованием гиперссылок. В немецком Законе «Об авторском праве и смежных правах» от 9 сентября 1965 г. соблюдению этого требования посвящено отдельное положение. В п. 1 § 63 Закона указано, что при воспроизведении произведений, в том числе в порядке цитирования, необходимо ясно и точно указать источник. Исключением является случай, в котором используемое в качестве цитаты произведение уже содержит данные об источнике цитирования или является общеизвестным[1]. При положительном ответе на эти вопросы переходят к *третьему тесту* – допускается использование чужого объекта интеллектуальной собственности в объеме, оправданном целью цитирования. И здесь возникают нетривиальные вопросы: допускается ли цитирование произведения, не только фотографии, полностью или это возможно только во фрагментарной разбивке? Как определяется объем допустимого цитирования фотографий: полностью фотография, меньше пикселей, вырезанная часть фотографии, размер файла? Для ответа на данные вопросы можно обратиться к иностранному опыту. С одной стороны, в авторском праве есть институт запрета изменений, действующих в отношении всех произведений. С другой стороны, в абз. 3 § 62 названного Закона ФРГ указано, что в отношении фотографий допустимы лишь такие изменения, как, например,

[1] Германские законы в области права интеллектуальной собственности. М.: Инфотропик Медиа, 2017.

изменение величины фотографии, а также такие, которые необходимо следуют из процесса распространения и опубликования фотографии. В рассматриваемом модельном деле ответчик разместил фотографию в уменьшенном виде в своем новостном обзоре, посвященном социально значимым событиям города. И наконец, *четвертый тест* – тест на интеллектуальную связанность цитаты с новым произведением, в котором используется цитата. В отечественном законодательстве данное правило появилось лишь благодаря реформе гражданского законодательства в 2014 г. в ст. 1274 ГК РФ, где говорится о «целях раскрытия творческого замысла автора».

В подтверждение правильности этой логики можно привести дело о допустимости цитирования отрывков футбольного матча в сети «Интернет», рассматриваемое Судом по интеллектуальным правам несколько лет назад. Суд в решении по этому делу указал, в частности, что цитирование, направленное на усиление художественного воздействия, эстетического восприятия произведения читателем, зрителем, слушателем, не может осуществляться свободно, поскольку не связано с названными в законе целями. Если цитирование производится в иных целях, оно должно быть основано на договоре с правообладателем[1].

Таким образом, ограничительное толкование норм о цитировании, состоящее в том, что правила о цитировании распространяются исключительно на литературные произведения, не соответствует ГК РФ. В отличие от режима, установленного в ст. 492 ГК РСФСР 1964 г., в настоящее время цитата образует легитимное использование при любом виде обнародования, заимствования. Цитироваться могут и хореографические, и фотографические, и даже топографические произведения.

Отметим, что немецкий законодатель в отличие от российского различает фотографические произведения и снимки. К снимкам относятся те, которые были сделаны без предварительной подготовки, спонтанные снимки, когда мы не думаем об освещении, не выбираем угол, ракурс съемки, снимки с экрана монитора и др. Такие снимки собственно не являются объектами авторского права, но также подпадают под его защиту, т.е. на них распространяются нормы о цитировании. Отсюда, в частности, идея о разграничении цитирования и иллюстрирования. Иллюстрирование, допускающее безвозмездное использование объектов авторского права без согласия автора, ограничено учебной целью. Иллюстрация не должна быть демонстрацией,

[1] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 8 октября 2014 г. № С01-932/2014 по делу № А40-160673/2013 // СПС «Гарант».

декорированием или украшением какого-либо произведения. Согласно «Бернскому тесту» расширительному толкованию это правило не подлежит[1].

В следующем модельном деле, которое предложил к рассмотрению Суд по интеллектуальным правам, обсуждался вопрос использования товарных знаков в фильме. Так, истец обнаружил, что в кинотеатре осуществляется показ фильма, в котором демонстрируется товар с принадлежащим ему товарным знаком и общеизвестным товарным знаком. Истец полагал, что показ фильма нарушает его право на товарный знак и маркируемая этим знаком продукция используется в фильме в качестве сюжетообразующего (рекламируемого) объекта и не может восприниматься в качестве реквизита. У зрителя, по мнению истца, может сформироваться впечатление, что создание киноленты осуществлялось при непосредственном участии истца, а согласия на использование товарного знака истец кинотеатру не давал. Ответчик возражал и привел в обоснование следующие доводы: во-первых, товары, в отношении которых зарегистрирован товарный знак истца, и услуги ответчика по показу фильма не являются однородными, в связи с чем отсутствует вероятность их смешения и, следовательно, нарушение прав на товарные знаки; во-вторых, в данном случае товар истца использован для создания определенного образа главного героя фильма; в-третьих, товар произведен и введен в оборот самим правообладателем, поэтому действует принцип исчерпания права, который закреплен в ст. 1487 ГК РФ.

По нашему мнению, именно позиция ответчика заслуживает поддержки, но чтобы понять смысл и происхождение данной аргумен-

[1] Российский законодатель в вопросе о свободном использовании объектов авторского права и смежных прав соблюдает правило «трехшаговой проверки», применяемое в Бернской конвенции. Правило «трехшаговой проверки» включает следующие принципы: все ограничения должны соответствовать принципу *numerus clausus*; ограничения не должны наносить ущерб нормальной эксплуатации произведения; ограничения не должны ущемлять необоснованным образом законные интересы автора или соответственно обладателя смежных прав. По этой причине правила «трехшаговой проверки» – это правовые предписания, закрепляющие пределы, в которых законодателю дозволено вводить случаи свободного использования. Таким образом, в системе российского гражданского законодательства получил закрепление принцип свободного использования произведений, который является набором исключений из сложившегося основополагающего принципа о том, что никто не вправе без согласия правообладателя и выплаты ему вознаграждения использовать результат интеллектуальной деятельности. В отличие от этого подхода, например, в США в *U.S. Code, Title 17* (Закон «Об авторском праве» 1976 г.) закреплен лишь общий принцип определения добросовестного использования, а ограничений в отношении типа пользователей и видов произведений не существует.

тации, необходимо обратиться к ее юридико-догматическим предпосылкам. Какие функции выполняет товарный знак в отношении товаров, работ (услуг)? Как отмечается в литературе, товарный знак как результат интеллектуальной деятельности выполняет ряд функций[1]. Исторически первая функция – отличительная. Она выражалась в клеймении животных, ювелирных изделий и ином обозначении ремесленником результатов своего труда. Информативная функция товарного знака может проявляться в нескольких плоскостях. Например, графический товарный знак может содержать изображение товара, который предлагает потребителям производитель. Второе проявление информативной функции основано на восприятии потребителем товарного знака с известным ему производителем, хотя сам товарный знак для неосведомленного лица никакой информации не несет.

Рекламная функция тесно связана с маркетинговой деятельностью предпринимателя. Товарный знак наносится на рекламные щиты, автомобили, продукцию, спонсоры активно используют свои товарные знаки на спортивных мероприятиях. Охранная функция товарного знака выражается в создании правовых, экономических, социальных условий, при которых сводится до минимума количество нарушений исключительного права на товарный знак. Согласно ст. 1485 ГК РФ лицо, зарегистрировавшее товарный знак, имеет право для оповещения об этом использовать знак охраны. Гарантийная или психологическая функция, пожалуй, самая важная для потребителя. При огромном количестве производителей порой становится сложным приобрести качественный товар, поэтому покупатели начинают ориентироваться на товарные знаки. Иногда достаточно лишь факта нанесения товарного знака на объект, чтобы покупатель сделал свой выбор именно в пользу этого производителя. Взаимодействие с потребителями в маркетинге неспроста считается сложнейшей задачей любого предпринимателя. Поэтому в литературе выделяют признаки, соответствуя которым товарный знак имеет высокие шансы принести прибыль своему правообладателю.

Товарные знаки для соответствия перечисленным признакам могут существовать в совершенно разных формах, поскольку в ст. 1482 ГК РФ содержится незакрытый перечень их видов. В Правилах составления, подачи и рассмотрения документов, являющихся основанием для совершения юридически значимых действий по государственной регистрации товарных знаков, знаков обслуживания, коллективных знаков,

[1] *Городов О.А.* Право промышленной собственности. М.: Статут, 2011. С. 439.

утвержденных Приказом Министерства экономического развития РФ от 20 июля 2015 г. № 482, содержится описание конкретных видов – по форме: словесные, изобразительные, объемные, комбинированные, звуковые, световые, голографические, осязательные, обонятельные, позиционные, вкусовые; по количеству субъектов обладателей: индивидуальные, коллективные; по уровню популярности: обычные, общеизвестные[1].

Собственно, интерес представляют общеизвестные товарные знаки, статус которых впервые был урегулирован в рекомендации «О положениях в отношении охраны общеизвестных товарных знаков», в которой впервые закреплено положение, защищающее права обладателей товарных знаков, признанных общеизвестными, от лиц, использующих данный товарный знак не только при реализации однородных товаров, но намеренно вводящих потребителей в заблуждение товарным знаком производителя другого продукта, если у покупателя есть основание заблуждаться.

На практике общеизвестными товарными знаками признаются популярные бренды, которые в общественном сознании прочно ассоциируются с определенным производителем. Статус общеизвестного товарного знака урегулирован в ст. 1508 ГК РФ. Главными отличиями общеизвестного товарного знака от обычного являются: во-первых, возможность получить охрану при отсутствии регистрации на территории Российской Федерации; во-вторых, бессрочная охрана общеизвестного товарного знака; в-третьих, возможность распространения охраны товарного знака на товары, неоднородные с теми, в отношении которых он признан общеизвестным, если такое использование может ввести в заблуждение. Решение о признании товарного знака общеизвестным принимается Федеральной службой по интеллектуальной собственности, которая делает вывод на основе свободной оценки представленных производителем доказательств (обычно это социологические опросы).

Ключевым понятием, при помощи которого описывается механизм правового регулирования товарного знака, является содержание исключительного права на товарный знак. Согласно ст. 1484 ГК РФ

[1] Приказ Министерства экономического развития РФ от 20 июля 2015 г. № 483 «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака и выдаче свидетельств на товарный знак, знак обслуживания, коллективный знак, их дубликатов» // СПС «Гарант».

исключительное право использования любым не противоречащим закону способом принадлежит лицу, на которое зарегистрирован товарный знак. В п. 2 данной статьи приводится перечень возможных форм использования: исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности, путем размещения товарного знака:

1) на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации;

2) при выполнении работ, оказании услуг;

3) на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;

4) в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе;

5) в сети «Интернет», в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

Иными словами, использованием товарного знака признается его использование для целей индивидуализации товаров юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, т.е. в качестве указателя на источник происхождения товара. В связи с этим употребление слов, в том числе имен нарицательных, зарегистрированных в качестве словесных товарных знаков, не является использованием товарного знака, если оно осуществляется в общеупотребительном значении, не для целей индивидуализации конкретного товара, работы или услуги, в том числе способами, перечисленными в п. 2 ст. 1484 ГК РФ. Таким образом, нарушение исключительного права на товарный знак в данном модельном кейсе отсутствует.

Подобное понимание существует и в странах общего права, прежде всего в США. Добросовестное использование (*fair use*) – это правовая доктрина, которая закрепляет основополагающие критерии, впервые закрепленные по результатам рассмотрения дела Фолсома против Марша (*Folsom vs. Marsh*)[1], которым должно отвечать добросовестное использование. Положения данной доктрины получили свое воплощение в *common law*, а затем были закреплены в статутном

[1] http://www.copyright.gov/faire-use/summaries/folsom-marsh-ccmass1841.pdf

праве[1]. Подтверждением этого в Законе об авторском праве США говорится о том, что добросовестное использование не является нарушением авторских прав в случае, если такое использование служит достижению определенных справедливых целей и приводится открытый список таких целей. Такими целями, в частности, являются критика, комментарии, новостные обзоры, обучение, тиражирование и распространение произведения в учебных целях в классах и аудиториях, научные исследования и преподавание.

Применительно к товарным знакам сформулирована доктрина добросовестного описательного использования чужого товарного знака *fair descriptive use*. Согласно Закону Лэнхема использование иным лицом обозначения не в качестве товарного знака, в том числе термина или символа, который является описательным и используется честно и добросовестно, с тем чтобы описать товары или услуги соответствующего субъекта, не считается правонарушением (§ 33(b)(4)). Логика рассуждений в данном случае выглядит следующим образом: использование чужого товарного знака или знака, сходного с ним до степени смешения, допустимо для того, чтобы ответчик мог раскрыть сущность оказываемых услуг перед обществом, и эта тактика защиты будет считаться добросовестной для ответчиков даже в том случае, если часть потребителей была введена в заблуждение. По этой причине такие действия, как указание на вывеске своей торговой точки товарных знаков известных производителей электронной техники, не является нарушением исключительного права на товарный знак, если потребителям оказываются услуги по ее ремонту. Из этого следует вывод о допустимости использования товарного знака при создании или показе в фильме товаров с нанесенными на них товарными знаками, в том числе общеизвестными. Иначе возможно вмешательство в свободу творчества и в свободу выражения автора, режиссера-постановщика, художника и т.д.

Следует признать, что доктрина добросовестного использования (*fair use*), легитимизировавшая открытый перечень случаев свободного использования произведения, при последовательном прохождении ряда таких фильтров, как: 1) цель и характер использования (в том числе, имеет ли такое использование коммерческий характер или же преследует некоммерческие, образовательные цели); 2) характер охраняемого авторским правом произведения; 3) объем и значимость использованной

[1] Copyright Act of 1976. U.S. Code, Title 17, § 107 // http://www.copyright.gov/title 17/92chap1.html#107

части относительно всего охраняемого авторским правом произведения в целом; 4) влияние использования на потенциальный рынок сбыта и ценность охраняемого авторским правом произведения, выглядит как механизм, легко адаптируемый к развитию технологий, искусственного интеллекта, конкуренции, появлению новых способов использования произведений и потребностям общества.

Представляется, что доктрина добросовестного использования может быть перенесена в российское право, тем самым допуская расширение содержательных границ прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации и значительно облегчая сферу правоприменения со ссылкой на фундаментальные принципы гражданского права и фундаментальные права и свободы человека: принцип свободы интеллектуального творчества; принцип объективной добросовестности, принцип запрета злоупотребления субъективным правом; запрета извлечения преимущества из своего незаконного или недобросовестного положения.

Следующим исключением в российском авторском праве является свободное использование произведения путем репродуцирования. Оно связано с достижениями в области фотографирования, ксерокопирования и т.д. Эти способы очень удобны для пользователя, но массовое репродуцирование ведет к неконтролируемому размножению многих произведений науки и литературы. Под репродуцированием (репрографическим воспроизведением) понимается факсимильное воспроизведение произведения с помощью любых технических средств, осуществляемое не в целях издания. Репродуцирование не включает воспроизведение произведения или хранение его копий в электронной (в том числе цифровой), оптической или иной машиночитаемой форме (кроме случаев создания с помощью технических средств временных копий, предназначенных для осуществления репродуцирования).

Статья 1275 ГК РФ устанавливает четкие правила указанной деятельности, согласно которым допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования репродуцирование произведений в единственном экземпляре без извлечения прибыли библиотеками и архивами, а также образовательными учреждениями для аудиторных занятий.

Свободное использование произведения, постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения, допускается (без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения) путем воспроизведения, сообщения в эфир или по кабелю в отно-

шении фотографического произведения, произведения архитектуры или произведения изобразительного искусства, за исключением случаев, когда изображение произведения используется в коммерческих целях. Например, если кто-то извлекает прибыль из продажи открыток или альбомов, ценность которых именно в том, что на них помещены соответствующие произведения, авторы изображенных произведений должны получать часть прибыли. Свободно используемое произведение не должно быть основным объектом воспроизведения, передачи по телевидению или по кабелю, но оно вполне может быть второстепенным, фоновым объектом.

Свободное публичное исполнение музыкального произведения допускается (без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения) во время официальной или религиозной церемонии либо похорон, в объеме, оправданном характером такой церемонии. Четвертое модельное дело было как раз посвящено публичному исполнению музыкальных произведений. Обстоятельства спора заключаются в том, что представитель организации по управлению правами на коллективной основе (ОКУП) зафиксировал с помощью видеокамеры факт исполнения музыкальных произведений в салоне автомобиля, перевозку пассажиров в котором осуществлял ответчик (такси). В связи с этим данная организация обратилась в суд за взысканием с водителя такси компенсации за неправомерное публичное исполнение музыкальных произведений.

Можно ли по этой логике признать автомобиль – такси с местом, открытым для свободного посещения, и имеет ли место публичное исполнение музыкальных произведений в салоне такси, если вход в такси не является бесплатным? По существу, речь идет о публичном исполнении в салоне автомобиля, так как согласно подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ публичное исполнение может быть не только живым, но и с помощью технических средств (радио, телевидение и иные, к которым можно отнести и интернет-технологии). Исходя из содержащегося в подп. 3 п. 2 ст. 1270 ГК РФ определения публичного исполнения, можно заключить, что основной особенностью данного способа использования является представление произведения в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи. Однако определения понятия места, открытого для свободного посещения, в ГК РФ не содержится. В п. 100 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 содержится лаконичное разъяснение: сеть «Интернет» и другие информационно-телекоммуникационные сети

не относятся к местам, открытым для свободного посещения. До этого разъяснения можно было встретить противоположные подходы судебной практики, согласно которым к таким местам можно было отнести и Интернет[1].

В самом деле, публичное исполнение с помощью технических средств, как правило, осуществляется посредством активных действий лица, организующего его. В то же время режим доведения до всеобщего сведения предполагает активность пользователей, которые сами ищут и находят результаты интеллектуальной деятельности в сети «Интернет». Именно по этой причине данный вопрос должен решаться судебной практикой с учетом того, что деятельность такси, заключающаяся в оказании услуг по перевозке, направлена на извлечение прибыли, а проигрывание музыки в салоне повышает привлекательность автотранспортного средства для потребителей.

Становится понятным, почему публичное исполнение музыкального произведения требует получения согласия правообладателя или организации по управлению правами на коллективной основе независимо от того, осуществляется такое исполнение за плату или бесплатно, а также от того, является представление произведения или организация представления произведения основным видом деятельности или же представляет звуковое сопровождение иной деятельности: в кафе, в ресторане, в торговом центре, на территории спортивных объектов и т.п. Такая трактовка позволяет скорректировать наиболее проблемные моменты в понимании публичного исполнения (подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). При этом лицом, осуществляющим публичное исполнение музыкального произведения, является юридическое или физическое лицо, организующее публичное исполнение, собственник (титульный владелец) автомобиля, например, автотранспортная компания.

Нередко встречаются случаи так называемого свободного использования произведения с возникновением смежных прав. Их отличительными чертами выступает использование охраняемых произведений без согласия правообладателя, без заключения с ним договора и без выплаты вознаграждения. Так, например, в Китае согласно ст. 22 Закона об авторском праве 1990 г. допустимы: бесплатное исполнение обнародованных произведений, если за исполнение с публики не взимается плата, а исполнителю не выплачивается вознаграждение; перевод и воспроизведение в незначительном объеме обнародованных произведений для использования преподавателями или научными

[1] См.: Определение Верховного Суда РФ от 26 мая 2015 г. № 84-КГ15-4.

работниками в целях аудиторного обучения или научных исследований; однако не допускается издание и распространение данных произведений; публикация в газетах, периодических изданиях или использование в радио- и телепередачах и иных средствах массовой информации выступлений, сделанных на массовых собраниях, кроме случаев, когда автор не разрешает публикацию или трансляцию, и др.[1] Таким образом, охраняя достаточно широко права исполнителя, закон одновременно в общественных интересах допускает ограничение его права на воспроизведение записи исполнения или постановки.

Разрешается также свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения, например, для осуществления производства по делу об административном правонарушении, для проведения дознания, предварительного следствия или осуществления судопроизводства, в объеме, оправданном этой целью.

Примечательно также, что ст. 1273 ГК РФ прямо запрещено создание экранных копий фильмов. Довод о том, что запись осуществляется исключительно в личных целях, уже не может являться оправданием, а значит, владельцы кинотеатров получают право потребовать уничтожить запись, сделанную во время показа фильма. При этом, решая вопрос о том, относятся ли лица к обычному кругу семьи, суду необходимо учитывать родственные отношения и личные связи, периоды общения, характер взаимоотношений и другие значимые обстоятельства для конкретного дела.

Обобщая сказанное, можно прийти к выводу о том, что законодательство в сфере регулирования интеллектуальной собственности идет на уступки цифровому обществу, новым технологиям хранения и передачи информации, расширяет, модернизирует и адаптирует сферу свободного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. С необходимостью обновления действующего законодательства и формирования масштабной судебной практики согласны практически все – от пользователей до правообладателей.

[1] Закон КНР от 7 сентября 1990 г. «Об авторском праве» (http:// chinalawinfo.ru/civil_law/law_copyright).

**И.А. Зенин**

# ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ И ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ШАГИ НАВСТРЕЧУ?

Раскрученная за рубежом и набирающая обороты в России дискуссия об искусственном интеллекте (*Artificial Intelligence*) захватила и сферу права интеллектуальной собственности. Не случайно еще два года назад президент Международной ассоциации по содействию обучению и исследованиям в области интеллектуальной собственности – *ATRIP* (Женева, Швейцария) профессор Даниэль Жерве предлагал членам ассоциации на предстоявшем в г. Нэшвилле (США) ее очередном (38-м) конгрессе ответить на вопрос о том, не потребует ли создание творческих произведений и изобретений изменения так называемых первичных или вторичных прав либо внесения в них новых ограничений и исключений (*Doestherise Artificial Intelligence to create works and inventions require change to the primary rights, secondary rights or new E&Ls?*). Об ответе на этот вопрос в докладе на конгрессе *ATRIP* скажем позже. А сейчас следует лишь заметить, что данный вопрос как минимум порождает необходимость определиться, во-первых, с понятием искусственного интеллекта (далее – ИИ), а во-вторых, с проблемой охраны результатов, признаваемых продуктами данного интеллекта, в качестве объектов права интеллектуальной собственности. Это важно, кстати, и для того, чтобы избежать длительных бесполезных споров о тождестве ИИ с естественным разумом человека, подобных многолетним дискуссиям о том, являются ли интеллектуальной собственностью сами создаваемые людьми произведения, изобретения и другие результаты их умственного труда, или это всего лишь красивая метафора, синоним авторских, смежных, патентных и подобных им исключительных прав.

Зарубежные исследования ИИ проникают прежде всего в сферы естественных наук (биологии, физики, биохимии, нейробиологии и медицины) и лишь затем в области таких социальных наук, как психология, педагогика, экономика и право. Результаты естественнонаучных изысканий давно публикуются даже в формате вузовских учебников. Примером тому может служить подготовленный в 2010 г.

Б. Баарсом и Н. Гейджем (переведенный на русский язык в 2017 г. и размещенный на сайте ЛитРес) учебник под названием «Мозг, познание, разум: введение в когнитивные науки»[1]. Перечень зарубежных публикаций по проблемам ИИ необозрим[2].

В настоящее время во всем мире придается большое значение регулированию всего, что связано с ИИ. К примеру, в Европейском союзе разработан проект правил в области ИИ, регламентирующих взаимоотношения с беспилотными автомобилями, голосовыми помощниками и другими носителями ИИ. Считается, что в ближайшие десять лет прибыль от применения технологий ИИ может достичь почти 16 трлн долл., большую часть из которых получат Северная Америка и Китай. При этом отмечается, что «в России регулирование искусственного интеллекта находится в зачаточном состоянии»[3].

Правда, есть и более оптимистичная информация: «Россия может стать одним из международных лидеров в развитии и использовании технологий искусственного интеллекта. О том, как этого достичь, говорится в Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 года, которую своим указом утвердил президент»[4]. Сообщается также со ссылкой на заявление Президента РФ, сделанное им на конференции *Artificial Intelligence Jorney*, что «Россия способна стать одним из глобальных лидеров в сфере искусственного интеллекта». «Это вопрос нашего будущего и места России в мире, считает глава государства»[5]. На этом фоне также в мажорном ключе сообщается, что, к примеру, «Минкомсвязь представило дорожную карту по искусственному интеллекту», «ФТС возьмет на службу искусственный интеллект», «через два-три года робот будет работать в открытом космосе в режиме «аватара», «глава Минюста заявил, что роботы смогут давать юридические консультации». Председатель Правительства РФ говорит о больших планах и финансировании работ по развитию ИИ[6].

Как бы там ни было, но лишь 24 апреля 2020 г. в России был принят Федеральный закон № 123-ФЗ «О проведении эксперимента по уста-

[1] https: // www.litrex.ru / b-baars / mozg... (доступ: 07.06.2019).

[2] См., например: *Хант Э.* Искусственный интеллект: пер. с англ. М.: Мир, 1978.; *Уинстон П.Г.* Искусственный интеллект / пер. с англ. В.Л. Стефанюка; под ред. Д.А. Поспелова. М.: Мир, 1980.

[3] См.: *Черноусов И., Зубарева И.* Роботам установили рамки // РГ. 2020. 26 февр.

[4] См.: *Латухина К.* Роботы и рынок // Российская газета. 2019. 14 окт.

[5] См.: *Латухина К.* Цифровой космос // Там же.

[6] См.: *Мислиевская Г.* Знаниям – силу // Российская газета. 2020. 2 сент.

новлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных»»[1].

К исследованию проблем ИИ подключаются все новые научные силы. В частности, одна из семи научных школ, открытых в 2020 г. в МГУ имени М.В. Ломоносова, займется направлением «Мозг, когнитивные системы и искусственный интеллект»[2].

На сегодня мнения об ИИ (его понятии, функциях, пользе, результатах и их охране) и в научной литературе, и в средствах массовой информации неоднозначны. Во всяком случае, даже на уровне бытового сознания ИИ – это либо благо, либо, напротив, угроза самому существованию человечества. Сферами полезного применения ИИ признаются, в частности, здравоохранение, трудовые отношения, логистика, торговля, другие области экономики, спасательные работы и борьба с преступностью. Указывается, что, например, ИИ помогает диагностировать болезни, позволяет заменить человека во многих однообразных (рутинных) трудовых операциях, в том числе на транспорте. Так, по сообщениям в СМИ, крупный мексиканский перевозчик *Aeromexico*, осуществляющий полеты на трех континентах, использует виртуальный помощник *Aerobot* (синхронизированный с глобальной системой *World Trancer of SITA*), помогающий пассажирам отслеживать перемещение их багажа[3].

Говорят о незаменимости ИИ во многих спасательных операциях, когда, например, под завалы разрушенного дома трудно проникнуть не только людям, но и спецтехнике, и на помощь могут прийти только микророботы. ИИ помогает и в борьбе с правонарушениями в торговле путем использования систем распознавания лиц. Не менее ценно использование ИИ и в целях пресечения преступных действий в социальных сетях в Интернете. Давно известно, что в данных сетях действуют клубы по интересам не только филателистов и театралов, но и самоубийц и наркоманов. В сетях размещают инструкции для начинающих террористов и соратников по борьбе с действующей вла-

[1] См.: Российская газета. 2020. 28 апр. (далее – Закон об эксперименте с ИИ № 123-ФЗ).

[2] См.: *Агранович М.* Ректор открывает школы // Российская газета. 2020. 9 окт.

[3] См.: *Кривошапко Ю., Ясакова Е.* Боту доверили багаж // Российская газета. 2019. 18 марта. С. 9.

стью. И бороться со всем этим может помочь искусственный интеллект, построенный «на основе нейронных сетей, которые имитируют структуру и функционирование головного мозга»[1].

Вместе с тем в различных публикациях продолжают сталкиваться мнения о значении ИИ и человека в самых разных областях жизнедеятельности. Так, по мнению генерального директора Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) Фрэнсиса Гарри, высказанному им 18 мая 2019 г. в интервью телеканалу «Россия-24», сегодня искусственный интеллект – это «новые производственные технологии», роботизация, автоматизация различных производственных процессов, т.е. то, что необходимо для социально-экономического прогресса. В. Куликов и И. Алпатова в статье «Мозговой штурм» говорят о возможности с помощью ИИ «мгновенной расшифровки» медицинских анализов и постановки диагнозов болезней «на основе сотни наших параметров, истории всех наших болезней, образа жизни, специфики профессии, региона проживания и так далее»[2].

В то же время гендиректор по цифровому здравоохранению *Philips* в России и СНГ полагает, что «ИИ ни в коем случае не вытеснит и не заменит врача. Решение всегда остается в конечном счете за ним, и он несет за него ответственность. Технологии лишь существенно облегчают его работу. Не зря говорят, что «компьютер – друг человека», а не его заменитель, что «контент не создается сам по себе, во всех случаях инициатива исходит от человека»[3].

Более того, с использованием ИИ некоторые предприниматели связывают даже возможные экономические потери. К примеру, по словам Германа Грефа, «Сбербанк в результате ошибок искусственного интеллекта потерял миллиарды рублей». Об этом он рассказал во время выступления на «Уроке цифры» в частной школе в Москве. Дело в том, что в 2018 г. Сбербанк разработал и запустил в пилотном режиме нейронную сеть для анализа стоимости недвижимости, а также обсудил с Центробанком РФ запуск нейронной сети для оценки рисков. По мнению главы Сбербанка, искусственный интеллект, как правило, принимает решения в больших системах. Маленькая ошибка, закравшаяся в алгоритм, может приводить к очень большим последствиям. Из-за совершения машиной маленьких ошибок на больших объемах Сбербанк терял миллиарды рублей. После выявления таких ошибок

[1] См.: *Медведев Ю.* Охота на негатив // Российская газета. 2019. 6 марта.

[2] См.: Российская газета. 2020. 28 апр.

[3] См.: *Невинная И.* Медицина через расстояния // Российская газета. 2019. 21 окт.

работа ИИ совершенствовалась: вставлялись всевозможные фильтры, чтобы калибровать, верифицировать или валидировать систему ИИ. При этом в пресс-службе Сбербанка уточнили, что «речь идет не о прямых убытках в миллиарды рублей, а «скорее о недополученной прибыли»[1].

О возможных ошибках ИИ говорят многие авторы. Например, полагают, что «там, где все очевидно специалисту, ИИ вполне может ошибиться. Так, канадские ученые учили ИИ отличать грубые шутки или «язык вражды» от просто обидных. Система оказалась довольно несовершенной, к примеру, пропускала многие очевидно расистские высказывания»[1].

Для усиления эффекта уподобления ИИ человеческому разуму роботам нередко придается человекоподобный (антропоморфный) вид говорящих милых, симпатичных, улыбающихся кукол. Однако многие люди, сталкивающиеся с необходимостью оценки подобного уподобления, часто подчеркивают, что до сих пор никаким роботам не удалось постичь человеческие чувства, переживания и другие эмоции (радость, юмор, горе, счастье), тонкости человеческой морали и этики[2]. Говоря о роботах, обычно отмечают, что они «все больше сближаются с человеком и по внешнему виду, и по интеллекту», но не по эмоциональным качествам[3]. Поэтому спустя почти 80 лет после того, как американский писатель-фантаст Айзек Азимов придумал свои знаменитые три закона робототехники, регламентирующие поведение «умных» машин по отношению к людям, Еврокомиссия решила всерьез заняться разработкой свода этических правил для искусственного интеллекта. Согласно опросу, жители стран Евросоюза «побаиваются восстания машин»[4].

На первый взгляд изложенное о плюсах и минусах ИИ не имеет прямого отношения к заявленной теме публикации. Но это только на первый взгляд. Во всех упоминавшихся сферах использования ИИ фигурируют бесчувственные роботы, некие «технологии» искусственного интеллекта, подверженные сбоям, отключениям и ошибкам. Иными словами, под искусственным интеллектом подразумевается набор

[1] См.: *Медведев Ю.* Охота на негатив // Российская газета. 2019. 21 окт.

[2] См.: *Черноусов И., Кривошапко Ю., Зубарева И.* На языке чувств // Российская газета. 2020. 1 апр.

[3] См.: Игры разума: интервью с А. Шестаковым // Российская газета. 2020. 16 июня.

[4] См.: *Забродина Е.* По образу и подобию: Еврокомиссия разработала «моральный кодекс» для роботов // Российская газета. 2019. № 80 (7838).

создаваемых человеком компьютерных программ, от которых кто-то ожидает великих книг, музыки или изобретений. Не случайно в одной из публикаций в СМИ «искусственный интеллект» в подзаголовке обозначается как «компьютерный интеллект»[1]. Это необходимо учитывать, говоря о проблематике данного «интеллекта» применительно к сфере создаваемых им якобы охраноспособных результатов. Поэтому наша реакция на упомянутый ранее вопрос президента *ATRIP* о влиянии искусственного интеллекта на сферу права интеллектуальной собственности выражалась так: «Полноценный ответ на данный вопрос может быть дан не ранее того момента, когда человеческим интеллектом будет создан адекватный ему искусственный разум и появятся первые произведения либо изобретения, действительно созданные подобным разумом»[2].

Конечно, сегодня некоторые авторы утверждают, что «уже есть достаточно много примеров сгенерированных системами искусственного интеллекта картин, музыкальных композиций, литературных текстов и формул изобретений, которые в случае их создания человеком смогли бы получить охрану в виде соответствующих объектов интеллектуальных прав»[3]. Появляются все новые работы, посвященные правам на подобные результаты[4]. Прошли первые защиты диссертаций по данной проблематике. Но до сих пор нет (по крайней мере в России) даже общепризнанного понятия ИИ, или «искусственного разума». По мнению некоторых авторов, «под системами искусственного интеллекта понимаются компьютерные системы как совокупность алгоритмов, программного обеспечения и аппаратных средств, работающих на основе технологий искусственного интеллекта»[5]. Однако

[1] См.: *Кривошапко Ю.* Экономике добавят разума // Российская газета. 2019. 4 июля.

[2] См.: *Зенин И.А.* Баланс реформирования «первичных» и «вторичных» прав в сфере интеллектуальной собственности // Право интеллектуальной собственности. 2019. № 1 (55). С. 13.

[3] См.: *Сесицкий Е.П.* Правовой режим охраны результатов, генерируемых системами искусственного интеллекта: предпосылки и модель развития правового регулирования // Право интеллектуальной собственности. 2018. № 4 (53). С. 19.

[4] См.: *Синельникова В.Н., Ревинский О.В.* Права на результаты искусственного интеллекта // Копирайт. 2017. № 4. С. 17–27; *Ю.С. Харитонова*. К вопросу об охраноспособности результата деятельности искусственного интеллекта // Право будущего: интеллектуальная собственность, инновации, интернет: ежегодник. Вып. 1. М., 2018. С. 52–64; *Кобыляцкий Д.А.* Охраноспособность произведений, создаваемых с участием искусственного интеллекта // Право интеллектуальной собственности. 2020. № 1 (59). С. 26–29.

[5] См.: *Сесицкий Е.П.* Указ. соч. С. 20.

неясно, что понимается под «технологиями ИИ», на основе которых работает указанная «совокупность». И получается замкнутый круг: определение *idem per idem*.

Другой автор, говоря о технологиях ИИ, именует его носителя (систему, объект, устройство, агента) юнитом, полагая, что «сегодня речь идет именно о сложных компьютерно-аппаратно-программных виртуальных или киберфизических юнитах»[1]. По его мнению, «искусственный интеллект – это полностью или частично автономная самоорганизующая (и самоорганизующаяся) компьютерно-аппаратно-программная виртуальная (*virtual*) или киберфизическая (*cyber-physical*), в том числе биокибернетическая (*bio-cibernetic*), система (юнит), не живая в биологическом смысле этого понятия, с соответствующим математическим обеспечением, наделенная/обладающая программно-синтезированными (эмулированными) способностями и возможностями:

– антропоморфно-разумных мыслительных и когнитивных действий (осуществления и демонстрации таких действий), таких как распознавание, понимание, интерпретация и генерирование образов, символьных систем и языков, рефлексия, рассуждение, моделирование, образное (смыслопорождающее и смысловоспринимающее) мышление, обобщение, анализ и оценка информации;

– самореферентности, саморегулирования, самоограничения, самоадаптирования под изменяющиеся условия, автономного самоподдержания себя в гомеостазе;

– самостоятельного (автономного) сложного накопления информации и опыта;

– самостоятельного (автономного) осуществления генетического поиска (*genetic algorithm*) и обработки информации, т.е. реализации эвристического алгоритма поиска с сохранением важных аспектов «родительской информации» для «последующих поколений» информации;

– обучения и самообучения (в том числе на своих ошибках и своем опыте); самостоятельной разработки и самостоятельного применения алгоритмов самоомологации;

– антропоморфно-разумного самостоятельного (автономного), в том числе творческого, принятия решений, формулирования и решения задач и проблем, доказывания математических теорем;

[1] См.: *Морхат П.М.* Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2018. С. 3.

– самостоятельной разработки тестов и алгоритмов под собственное тестирование, самостоятельного осуществления самотестирований и тестирований виртуальной (компьютерной) реальности;

– при заданной и обеспеченной возможности (способности) – сообщения (взаимодействия) с физической реальностью, восприятия воздействий (сигналов) на сенсорные входы (их аналоги) и реагирования на таковые сигналы, самостоятельного осуществления тестирований физической реальности»[1].

Представляется, что данное определение не может быть имплантировано в закон, поскольку его как трудно опровергнуть, так и невозможно подтвердить вследствие наличия в нем многочисленных и никак не разъясняемых смысловых удвоений многих его признаков.

Одновременно диссертант предлагает дополнить ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» п. 21 с другим определением искусственного интеллекта, в силу которого «искусственный интеллект – автономный комплекс программных или программно-аппаратных средств (юнит) с человеко-компьютерным интерфейсом, представляющий собой виртуальную систему или оснащенную средствами «технического зрения (восприятия воздействий (сигналов) на сенсорные электронные аналоги органов чувств) и средствами непосредственного самостоятельного взаимодействия с физической реальностью (актуаторами) или с цифровой реальностью киберфизическую систему, с программно-технически и математически эмулированными и обеспеченными способностями (возможностями) биоподобных когнитивных и антропоморфно-интеллектуальных речемыслительных действий (функций), обучения и самообучения, самоорганизации и самотестирования, творческой (эвристической) деятельности, в том числе на основе накопленных и «исторических» данных и данных мониторинга»[2].

Однако и данное определение вряд ли может быть признано корректным для его легализации. Поэтому следует согласиться с признанием самого диссертанта, что «с учетом актуального уровня программно-технического и математического обеспечения развития искусственного интеллекта нет насущной необходимости (во всяком случае, сейчас и в обозримом будущем) признания юнитов искусственного интеллекта полноценным (полноправным, полно-право-субъектным)

[1] *Морхат П.М.* Указ. соч. С. 20–21.

[2] Там же. С. 29.

субъектом авторских и патентных прав, в целом прав интеллектуальной собственности»[1].

Скептическое отношение к признанию носителей ИИ субъектами авторских прав выражают и зарубежные исследователи. Так, признанный специалист по авторскому праву Джейн Гинзбург обоснованно предупреждает: «Даже если результат работы машины удивляет людей, которые программировали, обучали или управляли ею, когда она выдает неожиданный результат, кажущийся следствием какой-то невидимой творческой силы, нельзя делать вывод, что машина может считаться «автором»... Итоговый результат, даже если он уникален и совершенно непредсказуем, является прямым результатом работы машины, который, в свою очередь, неизбежно является результатом творческой деятельности человека – разработчика или пользователя»[2].

Своеобразное решение выхода из данной непростой ситуации предлагается в одной из кандидатских диссертаций. Ее автор полагает, что «в силу отсутствия прямой связи между творческим трудом физических лиц, участвующих в разработке и обеспечении функционирования систем ИИ, и конечными результатами, автономно создаваемыми системами ИИ, невозможно признать указанных лиц авторами результатов, создаваемых системой ИИ». И далее: «Результаты, создаваемые системами ИИ, «выпадают» из сферы правового регулирования, поскольку отсутствие автора – физического лица, творческим трудом которого созданы эти результаты, как обязательного элемента, необходимого для предоставления правовой охраны результатам, создаваемым системами ИИ, как результатам интеллектуальной деятельности»[3]. Поэтому диссертант предложил дополнить часть четвертую ГК РФ статьей 1228.1, согласно которой на результат созданный системой ИИ, «признается исключительное право без признания личных неимущественных прав и иных прав (права доступа, права следования и др.)». При этом предлагалось исключительное право на такой результат закрепить за собственником системы ИИ

[1] *Морхат П.М.* Указ. соч. С. 27–28.

[2] *Ginsburg and L. Budiardjio.* Authors and Machines (August 5, 2018). Columbia Public Law Research Paper No. 14–597; Berkeley Technology Law Journal. Vol. 34. No. 2. 2019. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3233885, at 58-59 (цит. по: *Мотовилова Д.А.* Перспективы авторско-правовой защиты результатов, созданных системами искусственного интеллекта, с позиции авторского права США. С. 12).

[3] См.: *Сесицкий Е.П.* Проблемы правовой охраны результатов, создаваемых системами искусственного интеллекта: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019. С. 9.

либо ее арендатором. Одновременно диссертант считал возможным дополнить п. 1 ст. 1225 подпунктами, предусматривающими охраноспособность произведений, программ для ЭВМ, изобретений и других результатов интеллектуальной деятельности с указанием, что они созданы системами ИИ.

В завершение дефинитивной темы хотелось бы положительно оценить определения искусственного интеллекта и его технологий, содержащиеся в Федеральном законе об эксперименте с ИИ № 123-ФЗ. В соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 2 данного Закона «искусственный интеллект – комплекс технологических решений, позволяющий *имитировать* когнитивные функции человека (включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма) и получать при выполнении конкретных задач результаты, *сопоставимые*, как минимум, с результатами интеллектуальной деятельности человека» (курсив мой. – *И.З.*). И далее: «Комплекс технологических решений включает в себя информационно-коммуникационную инфраструктуру (в том числе информационные системы, информационно-телекоммуникационные сети, иные технические средства обработки информации), программное обеспечение (в том числе в котором используются методы машинного обучения), процессы и сервисы по обработке данных и поиску решений».

В свою очередь, согласно подп. 3 п. 1 ст. 2 того же Закона под «технологиями ИИ» понимаются «технологии, основанные на использовании ИИ (включая компьютерное зрение, обработку естественного языка, распознавание и синтез речи, интеллектуальную поддержку принятия решений и перспективные методы ИИ)».

Необходимо дождаться результатов предусматриваемого законом эксперимента, а пока хотелось бы еще раз подтвердить нашу позицию о правовой охране результатов, признаваемых созданными искусственным интеллектом и охраноспособными по нормам действующего законодательства, в том числе закрепленным в части четвертой ГК РФ.

Вполне возможно получение с помощью технологий так называемого искусственного интеллекта подлежащих обязательной государственной регистрации изобретений и других объектов промышленной собственности, поскольку их патентоспособность может подтвердить государственная экспертиза. Здесь проблема связана только с установлением права авторства, так как во всех странах, включая Россию, автором признается лишь человек (гражданин).

Сложнее обстоит дело со «сгенерированным» искусственным интеллектом достижением, не подлежащим регистрации и охра-

няемым авторским правом в виде произведения науки, литературы или искусства. Поскольку согласно ст. 1228 и п. 1 ст. 1259 действующего ГК РФ авторское право охраняет указанное произведение независимо от его достоинств, назначения, а также от способов его выражения, авторско-правовую охрану можно будет предоставить практически любому признанному «сгенерированным» машиной (как «искусственным интеллектом») результату. Однако это неизбежно приведет (и с этим придется мириться) к засорению культуры общества лишенным всякой человеческой эстетики «спамом» под аккомпанемент нескончаемых дискуссий о свободе теперь уже «машинного творчества».

В заключение хотелось бы обратить внимание на три обстоятельства: во-первых, как отмечают многие авторы, «цифровая система решает задачи сама, но пока ей их ставит человек». Поэтому «называть ее искусственным интеллектом нет полного основания. Скорее всего, в настоящий период перед нами средний вариант: уже не мышление человека, но еще не сознание машины»[1].

Во-вторых, еще в далекие 70-е и 80-е гг. прошлого столетия актуальной была «научная организация труда (НОТ)», предполагавшая, в частности, использование автоматической системы машин, в которой функции управления процессом производства постепенно переходят к контрольно-управляющим устройствам. Так, может быть, нынешний ИИ – это вчерашняя НОТ?

В-третьих, почему до сих пор ни одна конфессия не выступила с осуждением ИИ как явления, посягающего на незаменимость естественного разума, исходящего от Всевышнего Творца всего сущего? Не потому ли, что их представители убеждены в абсурдности уравнивания ИИ с человеческим разумом?

Несмотря на это, поскольку развитие всех экономических, социальных и культурных сфер с использованием того, что принято называть технологиями искусственного интеллекта, во всем мире, а значит, и в России, неостановимо, необходимо искать технические способы их применения и в области права интеллектуальной собственности с их последующей легализацией. К примеру, если сейчас всерьез говорится о возможности снятия проблем оспаривания решений, вынесенных искусственным интеллектом, скажем, о наложении автоштрафов с помощью цифрового суда и цифровых

[1] См.: *Липина О.* Чем отличается цифровизация от информатизации? // Ru.KA: Новости России и мира. Честно и актуально. 2019, 4 марта.

адвокатов[1], то почему бы не задуматься о создании подобных структур и в Федеральной службе по интеллектуальной собственности или в Федеральном суде по интеллектуальным правам? Возможно, тогда снизилось бы число отказных решений Роспатента по заявкам на изобретения или необоснованных судебных решений по спорам об авторстве (либо соавторстве) на произведения науки, литературы и искусства.

[1] См.: *Черноусов И.* Слушается дело техники: конфликты людей и машин требуют цифрового суда // Российская газета. 2020. 15 окт.

**В.Ю. Бузанов**

# ФИРМЕННЫЕ НАИМЕНОВАНИЯ В «ФИРМЕННОМ» ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ: 25 ЛЕТ СПУСТЯ[1]

Одно из позитивных исторических событий начала 90-х гг. прошлого столетия связано с подготовкой и принятием нового Гражданского кодекса России – ее «экономической Конституции», в создании которой приняли участие блестящие советские и российские цивилисты: Г.Е. Авилов, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, Г.Д. Голубов, В.А. Дозорцев, Ю.Х. Калмыков, О.М. Козырь, А.С. Комаров, А.Л. Маковский, Е.А. Суханов, С.А. Хохлов, В.Ф. Яковлев. Именно поэтому автор статьи и рискнул присвоить ему эпитет «фирменный», вспоминая те смыслы, которые вкладывались в это понятие в не столь еще отдаленную советскую эпоху. Смею надеяться, что этому документу уготована та же судьба, что и Кодексу французскому (1804 г.), принятому в период столь же масштабных социально-экономических преобразований и до сих пор не утратившему значения непревзойденного образца европейской правовой культуры.

Фирменные наименования (далее – ФН) – единственные из объектов интеллектуальной собственности, которым посчастливилось попасть в самую первую редакцию нового Кодекса. Таким образом, уже с декабря 1994 г. в отношении ФН стало действовать следующее правило: «Юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, должно иметь фирменное наименование. Юридическое лицо, фирменное наименование которого зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право его использования»[2].

Институт фирменных наименований получил «прописку» в российском гражданском праве без малого сто лет назад. Первый специальный закон о «фирмах» государственных и частных предприятий, принятый на заре Советской власти (1927 г.), действовал вплоть

---

[1] Подготовлено при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс».

[2] Формально эта норма действовала до вступления в силу части четвертой ГК РФ, т.е. до 1 января 2008 г. (см.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

до 2008 г.[1] По смыслу Положения фирма считалась *именем предприятия* (*имущественного комплекса*), а не его владельца, другими словами, индивидуализировала объекты гражданского права, а не его субъектов[2]. Собственник предприятия получал «право исключительного пользования фирменным наименованием в сделках, на вывесках, в объявлениях, рекламах, на бланках, счетах и товарах» (ст. 8 Положения). Это исключительное право возникало «с момента, когда фактически началось пользование фирмой» (ст. 10) и позволяло правообладателю требовать «прекращения пользования тождественной или сходной фирмой со стороны других лиц, а равно возмещения убытков, причиненных таким пользованием, поскольку у него право на фирму возникло раньше других и поскольку вследствие тождества или сходства фирм возникает возможность их смешения» (ст. 11).

Как видно уже из этих правил, нормы Положения для своего времени были достаточно прогрессивны. Однако после отказа от политики нэпа и перехода к жестко централизованной государственной экономике значение фирменного права было практически сведено к нулю[3].

Об институте фирменных наименований «вспомнили» в начале 1990-х гг. Сначала в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик (1991 г.), а затем и в новом Гражданском кодексе Российской Федерации (1994 г.) появились нормы, которые говорили о «фирменном наименовании» юридического лица (коммерческой организации), необходимости его государственной регистрации и исключительном праве на использование, которое порождала такая регистрация[4].

Вместе с тем противоречивая редакция этих норм не давала ясного ответа на ключевые вопросы фирменного права: что все-таки индиви-

[1] Положение о фирме, утвержденное Постановлением ЦИК и СНК СССР от 22 июня 1927 г. (утратило силу с 1 января 2008 г. в связи с введением в действие части четвертой ГК РФ). Разработчики этого Положения, очевидно, не предполагали, что оно окажется одним из самых «долгоживущих» нормативных актов в сфере гражданского права, с которым может соперничать разве что Положение о векселях (утверждено Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г.), действующее до сих пор.

[2] «Владеть» предприятием в то время могли государственные и кооперативные организации, акционерные общества, товарищества (полные и на вере), а также обычные граждане.

[3] См.: *Бузанов В.Ю.* Генезис фирмы в российском праве // Журнал российского права. 2002. № 6.

[4] См.: ст. 149 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик (утверждены Верховным Советом СССР 31 мая 1991 г. № 2211-1) и п. 4 ст. 54 ГК РФ (в редакции от 30 ноября 1994 г.).

дуализирует фирменное наименование; когда начинается его правовая охрана; какова сфера действия исключительного права (по территории, кругу лиц и т.д.); обладает ли оно оборотоспособностью?[1] В отсутствие полноценного нормативного регулирования новые «контуры» старого института очерчивали доктрина и судебная практика.

Проблема индивидуализирующей функции ФН была решена в пользу буквального толкования ст. 54 ГК РФ: *фирменное наименование – средство индивидуализации самого юридического лица,* а не его предприятия (в силу принципа *lex posteriori derogat lex priori* правила нового Кодекса имеют приоритет перед нормами Положения). Окончательное законодательное определение фирменного наименования как «имени» коммерческой организации (субъекта), а не принадлежащего ей предприятия (объекта), произошло в 2008 г. в связи с введением в действие части четвертой ГК РФ[2]. Для индивидуализации предприятий законодатель создал новый объект интеллектуальной собственности – коммерческое обозначение (§ 4 гл. 76 ГК РФ). Соответственно, право на фирму было исключено из состава имущества предприятия – его место заняло право на коммерческое обозначение[3].

Замечу, однако, что даже в свете действующей редакции Кодекса вопрос о том, что индивидуализирует фирменное наименование, имеет два варианта ответа – формальный и фактический. *Формально* – это наименование юридического лица (п. 1 ст. 1473 ГК РФ). *Фактически* оно используется как средство индивидуализации его бизнеса – на вывесках, счетах, бланках, в рекламе, на товарах и их упаковках, в сети «Интернет» (п. 1 ст. 1474 ГК РФ). Примечательно, что все эти специально поименованные в законе способы использования фирменного наименования практически совпадают с такими же «поименованными» способами использования товарного знака (п. 2 ст. 1484 ГК РФ).

Определение фирменного наименования как «имени лица» завершило дискуссию о возможности его передачи другим лицам, в том

[1] Так, например, несмотря на определение фирменного наименования как наименования самой коммерческой организации (п. 4 ст. 54 ГК РФ), ст. 132 Кодекса (в редакции от 30 ноября 1994 г.) называла фирменное наименование «обозначением, индивидуализирующим предприятие» (имущественный комплекс), и допускала возможность продажи и залога права на ФН вместе с этим комплексом. В этом смысле правила п. 2 ст. 132 Кодекса соответствовали нормам Положения о фирме 1927 г.

[2] См.: Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

[3] См.: п. 2 ст. 132 ГК РФ (в редакции Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ).

числе в составе предприятия (имущественного комплекса)[1]. С 1 января 2008 г. любые распорядительные сделки как с самим фирменным наименованием, так и с правом на его использование следует считать *ничтожными* как сделки, нарушающие явно выраженный запрет закона (п. 4 ст. 129, п. 2 ст. 1474, п. 2 ст. 168 ГК РФ)[2].

Впрочем, несмотря на прямой законодательный запрет, «продажа» фирмы *технически возможна*. В ее основе может быть соглашение о взаимном одновременном переименовании «продавца» и «покупателя», достигнутое их учредителями[3]. Необходимость в подобных сделках может возникнуть при продаже бизнеса, если у предприятия «продавца» отсутствуют другие «внешние носители» его гуд-вилла (*goodwill*) – товарные знаки и коммерческие обозначения. Вместе с тем экономическая привлекательность сделок «на переименование» снижается из-за потери *приоритета*. Поскольку процедура переименования не сопровождается правопреемством, приоритет исключительного права «покупателя» будет определяться датой внесения сведений о новом наименовании в Государственный реестр.

Предположим, что приоритет фирменного наименования «организации-продавца» совпадает с датой ее государственной регистрации (10 января 2000 г.), а данные об изменении наименований внесены в Реестр 10 января 2020 г. В этом случае исключительное право на вновь приобретенное наименование возникнет у «покупателя» именно 10 января 2020 г. И, как следствие, он проигрывает возможные споры с другими хозяйствующими субъектами, использующими сходные средства индивидуализации, если права на их использование возникли ранее 10 января 2020 г.

Отдельную проблему составляет возможность перехода исключительного права на ФН в порядке *реорганизации*. Строго говоря, Гражданский кодекс не запрещает универсальное правопреемство

[1] Вплоть до 1 января 2008 г. ГК РФ прямо указывал на возможность отчуждения права на фирменное наименование по договору продажи предприятия (п. 2 ст. 559), а также на возможность предоставления права пользования фирменным наименованием по договору аренды предприятия (п. 1 ст. 656) и договору коммерческой концессии (п. 1 ст. 1027).

[2] См.: п. 75 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

[3] При этом последующая *административная* процедура переименования (внесение соответствующих данных в Государственный реестр юридических лиц) практически сводит на нет эффективность оспаривания такого соглашения как сделки в обход закона.

в части фирменных наименований – он говорит о невозможности «распоряжения» исключительным правом (п. 2 ст. 1474 ГК РФ). Более того, законодательство о приватизации прямо санкционирует такое правопреемство применительно к одной из форм реорганизации – преобразованию унитарного предприятия в хозяйственное общество[1].

Единственное формальное основание, способное ограничить действие принципа универсального правопреемства (п. 1 ст. 129 ГК РФ) в отношении фирменных наименований, усматривается в положениях п. 2 ст. 1475 Кодекса, где говорится о прекращении исключительного права «в связи с прекращением юридического лица». Между тем совершенно очевидно, что при реорганизации в форме *выделения* никакого «прекращения» субъекта исключительного права, а значит, и самого права не происходит. В случае *преобразования,* которое характеризуется «неизменностью» прав и обязанностей реорганизуемой организации (п. 5 ст. 58 ГК РФ), исключительное право на фирменное наименование также не может считаться прекращенным[2].

Полагаю, не существует никаких разумных политико-правовых оснований считать это право прекращенным и при других формах реорганизации. Что касается императивных предписаний п. 2 ст. 1475 ГК РФ, то без всякого насилия над юридической логикой их действие может быть ограничено лишь случаями ликвидации правообладателя.

Первоначальная редакция ст. 54 Кодекса увязывала возникновение исключительного права с необходимостью регистрации фирменного наименования в соответствующем государственном реестре. Порядок регистрации предполагалось отрегулировать специальным законом. Однако такой закон так и не был принят, а реестр – не был создан. На это, как всегда, не хватило денег. Практика нашла выход из сложившейся ситуации, решив, что регистрация фирменного наименования осуществляется при регистрации самого юридического лица[3].

[1] Речь идет о норме абз. 3 п. 1 ст. 11 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества», посвященной содержанию передаточного акта, в котором должны быть указаны «все виды подлежащего приватизации имущества унитарного предприятия, включая... права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания)».

[2] Возможность перехода права на фирменное наименование к преемнику «преобразованной» коммерческой организации находит подтверждение в судебной практике (см., например: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19 марта 2015 г. № С01-155/2015 по делу № А36-376/2014).

[3] См., например: п. 16 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности,

Впоследствии эта правовая позиция получила закрепление в тексте Кодекса (см. п. 1 ст. 1473, п. 2 ст. 1475 ГК РФ), а нормы о необходимости отдельной регистрации фирменных наименований утратили силу[1].

Однако до сих пор дискуссионным остается вопрос о действии исключительного права на «зарегистрированное» таким образом фирменное наименование во времени, пространстве и по кругу лиц.

Можно ли считать это право действительно возникшим с момента создания юридического лица? Суть проблемы состоит в том, что на начальном этапе «жизни» среднестатистической корпорации с уставным капиталом 10 тыс. руб. не представляется возможным определить сферу ее деловой активности (иногда об этом не знают даже учредители).

Между тем фирменное наименование охраняется не абстрактно, а в связи с определенной «деятельностью» (п. 3 ст. 1474 ГК РФ), являясь одним из «внешних носителей» *деловой репутации* коммерческой организации[2]. В отсутствие такой репутации (или хотя бы «зародыша» репутации) исключительное право на ФН не может считаться возникшим в связи с отсутствием интереса, достойного правовой защиты.

Все дело в том, что фирменные наименования не относятся к результатам интеллектуальной деятельности, которые охраняются как таковые в силу их творческого «созидательского» характера. Юридическая монополия на «нетворческие» фирменные наименования предполагает создание будущим правообладателем каких-то иных, связанных с этим объектом или внесенных в него ценностей, в частности, репутационных[3].

---

утвержденного Информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 декабря 2007 г. № 122.

[1] См.: п. 6 ст. 17, п. 2 ст. 36 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». В Постановлении Пленума Верховного Суда от 23 апреля 2019 г. по этому поводу содержится следующее разъяснение: «Фирменное наименование подлежит охране со дня государственной регистрации юридического лица. Какой-либо *специальной регистрации фирменного наименования*, указанного в учредительных документах юридического лица, Гражданский кодекс *не предполагает* (курсив мой. – *В.Б.*)» (п. 146 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

[2] См.: *Бузанов В.Ю.* Генезис фирмы в российском праве // Журнал российского права. 2002. № 6. С. 156. На «репутационную» функцию фирменного наименования указано и в учебной литературе (см.: Гражданское право: учебник: в 4 т. Т. II / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2019. С. 395).

[3] В этом смысле право на фирму можно рассматривать как *сублимацию деловой активности* правообладателя (если позволительно такое выражение), которая может принять форму субъективного гражданского права.

С этой точки зрения кажется обоснованным вывод о том, что полноценное исключительное право на фирменное наименование возникает не ранее начала его *фактического использования* (в рекламе, деловой документации, на вывесках, товарах и т.п.)[1].

Такой подход к порядку возникновения исключительного права пользуется поддержкой в юридической литературе. Например, С.Ю. Филиппова выделяет следующие этапы жизненного цикла фирменного наименования: а) возникновение фирмы (включение избранного учредителями наименования в устав будущей организации); б) обязанность выступать в обороте под этой фирмой (с момента государственной регистрации организации); в) исключительное право на фирму, возникающее в силу сложного фактического состава, в который включается (1) акт государственной регистрации, (2) фактическое начало пользования фирмой путем осуществления деятельности зарегистрированной организации в определенной сфере[2].

Остается заметить, что условие «охраны через использование» считается априори выполненным в отношении *серьезных бизнесов,* учреждаемых на соответствующем информационном фоне, с мощной рекламной поддержкой. Такие корпорации получают полноценное исключительное право непосредственно с момента регистрации. То же самое относится и к *унитарным предприятиям*, которые всегда создаются под конкретные проекты, обеспеченные бюджетным финансированием и материально-технической базой. При этом направления их будущей экономической деятельности, определяющие объем охраны фирменного наименования, как правило, фиксируются в самом наименовании.

В мировой практике существует по меньшей мере две альтернативные системы регистрации наименований коммерческих корпораций, которые условно можно определить как уведомительную

[1] Именно такая система правовой охраны фирменных наименований *(protection byuse)* считается оптимальной по оценкам ВОИС (WIPO Intellectual Property Handbook. WIPO PUBLICATION. № 489 (E). ISBN 978-92-805-1291-5. WIPO 2004. Second Edition. Reprinted 2008. P. 96).

[2] *Филиппова С.Ю.* Фирменное право России. М.: Статут, 2016 (§ 5.2). См. также: *Гаврилов Э.П.* О средствах индивидуализации в гражданском праве // Хозяйство и право. 2016. № 10. Думается, что аналогичную позицию подспудно разделяет и правоприменитель в тех случаях, когда отдает предпочтение «младшему» товарному знаку при его столкновении со «старшим», но неиспользуемым или номинально используемым фирменным наименованием (см. п. 1.4 (разд. 1) Обзора практики Суда по интеллектуальным правам по вопросам, связанным с применением пунктов 2, 4, 5, 8 и 9 статьи 1483 ГК РФ, утвержденного Постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 20 февраля 2020 г. № СП-21/4).

(явочную) и проверочную. Одна из центральных задач проверочной системы – исключить возможность участия в гражданском обороте «организаций-двойников», имеющих одинаковые или очень похожие наименования.

Такая система воплощена, в частности, в английском корпоративном праве. Статут (Закон) о компаниях (*The Companies Act 2006*) устанавливает прямой запрет на регистрацию юридических лиц, наименование которых совпадает с одним из наименований, уже внесенных в реестр регистратора, и предусматривает административную процедуру переименования такого юридического лица, если оно все же будет зарегистрировано[1].

В начале 1990-х гг. на уровне одного из субъектов РФ была предпринята попытка создания *региональной проверочной системы*. Речь идет о деятельности Московской регистрационной палаты и ее филиалов. Функция Палаты заключалась в регистрации предприятий (юридических лиц) на территории города Москвы. При этом регистрация предприятия производилась при условии представления документов, подтверждающих уникальность (неповторяемость) его наименования[2].

Современное гражданское и административное законодательство (с учетом практики его применения) фактически закрепляет *уведомительный порядок регистрации*. Никакой предварительной проверки фирменных наименований вновь создаваемых организаций на предмет их «новизны» или различительной силы (способности) не проводится[3].

---

[1] A company must not be registered... by a name that is the same as another name appearing in the registrar's index of company names... The Secretary of State may direct a company to change its name if it has been registered in a name that is the same as or, in the opinion of the Secretary of State, too like – (*a*) a name appearing at the time of the registration in the registrar's index of company names... (s. 66 (1), 67 (1) (*a*) The Companies Act 2006 of the United Kingdom) (Компания не может быть зарегистрирована... под именем, совпадающим с другим именем, которое фигурирует (внесено) в базу данных наименований компаний... Госсекретарь (министр) может предписать компании изменить зарегистрированное наименование, если оно совпадает или, по мнению секретаря, очень похоже на: (а) имя, уже внесенное в реестр на момент регистрации компании... (*Пер. авт.*).

[2] Подробнее см.: *Кальгина А.А.* Проблема идентификации юридического лица // Вестник арбитражной практики. 2018. № 1.

[3] По смыслу п. 2 ст. 1473 ГК РФ фирменное наименование должно обладать хотя бы *минимальной различительной силой*, т.е. способностью выделить организацию, использующую такое наименование, из ряда других организаций, осуществляющих аналогичную предпринимательскую деятельность. Данное требование исключает возможность правовой охраны (и, строго говоря, – возможность регистрации) таких фирменных наименований (юридических лиц), как ООО «Мебельная фабрика», АО «Пивоваренный завод», ПК «Мукомольный комбинат» и т.п.

Отказ в регистрации возможен лишь в случае явных злоупотреблений, допущенных при выборе наименования, например, включение в него аббревиатур известных российских и зарубежных организаций, в том числе некоммерческих[1].

Во всех остальных случаях проблема регистрации «организаций-двойников» решается *постфактум* средствами частного права (иск об изменении наименования или запрете его использования в отношении определенных видов деятельности – п. 4 ст. 1474 ГК РФ) или с помощью таких публично-правовых инструментов, как обязательные предписания ФАС России[2].

С точки зрения своей экономической сущности институт фирменных наименований решает проблему защиты от недобросовестной конкуренции на рынке товаров и услуг, связанной с присвоением репутации («паразитирование» на чужой репутации). Следовательно, исключительное право на ФН может действовать лишь в отношении *конкурирующих* с правообладателем хозяйствующих субъектов[3].

При установлении факта конкурентного отношения между юридическими лицами, использующими сходные наименования, может быть использован тест на *«взаимозаменяемость» товаров*[4]. Очевидно, напри-

[1] Основанием для отказа в регистрации здесь могут быть положения подп. «ж» п. 1 ст. 23 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», применяемые во взаимосвязи с правилами п. 4 ст. 1473 ГК РФ.

[2] В соответствии с п. 1 (2, «л») ст. 23 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» антимонопольный орган вправе выдать предписание об изменении или ограничении использования фирменного наименования.

[3] См.: *Бузанов В.Ю.* «Интеллектуальная собственность» на фирменное наименование // Хозяйство и право. 2003. № 4. С. 64. В настоящее время эта идея воплощена в норме п. 3 ст. 1474 Кодекса, которая запрещает использование чужого наименования другим коммерческим организациям, осуществляющим «аналогичную деятельность».

[4] *Взаимозаменяемыми* признаются товары, которые могут быть сравнимы по своему функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим, в том числе при потреблении в производственных целях (см.: подп. 3 ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»). Общепризнанным тестом на «взаимозаменяемость» считается «тест гипотетического монополиста» (*the Hypothetical Monopolist Test*), суть которого сводится к оценке готовности потребителей «переключиться» на продукт *Y*, в случае долгосрочного повышения цен на продукт *X*. Если значительное число потребителей готовы на такую замену (что выясняется в том числе опросным путем), эти два продукта принадлежат к одному и тому же товарному рынку (см.: *John D. HarkriderAxinn,* Veltrop & Harkrider, LLP. Operationalizing the Hypothetical Monopolist Test // https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/08/30/202598.pdf).

мер, что товары, производимые мебельной фабрикой, пивоваренной компанией и металлургическим заводом, не относятся к категории «взаимозаменяемые». Следовательно, все эти коммерческие организации могут выступать в гражданском обороте под одной и той же фирмой – ООО «Рубин» (пример условный). В свою очередь, ни одно из этих хозяйственных обществ не вправе запретить использование произвольной части своего фирменного наименования («Рубин») в сфере основной деятельности некоммерческой организации – фонда «Рубин», профсоюза «Рубин» и т.д.

Практической иллюстрацией действия этого принципа могут быть решения арбитражных судов по делу АО «Сургутнефтегаз». Акционерное общество предъявило иск профсоюзной организации, использующей в своем наименовании словосочетание «профсоюз работников ОАО «Сургутнефтегаз»». В своих постановлениях по этому делу судебные инстанции указали на то, что истец является коммерческой организацией, а ответчик некоммерческой, они осуществляют совершенно различные виды деятельности, не являются конкурентами на рынке, следовательно, нельзя говорить о возможности смешения рядовыми потребителями фирменного наименования истца с наименованием ответчика[1].

Поскольку исключительное право на фирменное наименование действует на определенном сегменте товарного рынка (причем, как правило, довольно узком), его нельзя назвать классическим «абсолютным». Для его характеристики можно использовать термин *«квазиабсолютного»*, или «ослабленного» абсолютного права[2].

По всей видимости, исключение из режима «квазиабсолютности» должно быть сделано для *известных фирменных наименований,* объем охраны которых может определяться по аналогии с объемом охраны общеизвестных товарных знаков (см. п. 3 ст. 1508 ГК РФ). Другими словами, имена известных коммерческих корпораций, как российских, так и зарубежных[3], должны пользоваться абсолютной защитой,

[1] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам 2018 г. № С01-513/2018 по делу № А75-10294/2017.

[2] Термины «квазиабсолютного» и «ослабленного абсолютного» исключительного права предложены В.А. Дозорцевым для определения правового режима коллективных знаков, наименований мест происхождения товаров и секретов промысла (см.: *Дозорцев В.А.* Понятие исключительного права // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. М.: Статут, 2003).

[3] Фирменные наименования *иностранных* юридических лиц охраняются в Российской Федерации на основании ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной

включая право запрета на использование таких наименований любыми участниками оборота, независимо от «профиля» их экономической деятельности.

Под «объемом» охраны фирменного наименования предлагается понимать границы действия исключительного права по кругу лиц и видам хозяйственной деятельности. Объем охраны не следует отождествлять с *содержанием* исключительного права. Данные об объеме правовой охраны отвечают на вопрос: *где*, на каком сегменте товарного рынка (в отношении каких видов деятельности) юридическое лицо может осуществить свое право? Тогда как определение содержания этого права отвечает на вопрос о том, какие фактические действия с фирменным наименованием (способы его использования) находятся в сфере контроля правообладателя?[1]

Объем охраны ФН зависит от степени деловой активности правообладателя и как следствие этой активности может *«расширяться»* (открытие или приобретение нового непрофильного бизнеса) и *«сужаться»* (закрытие, продажа бизнеса). Например, хозяйственное общество «ООО «Рубин»» изначально создано как мебельная фабрика. После «поглощения» ликероводочного завода, принадлежащего другому обществу (реорганизация в форме присоединения), исключительное право на фирменное наименование «ООО «Рубин»» будет распространяться не только на сферу мебельного производства (первоначальный объем охраны), но и на сферу алкогольной продукции (расширение объема). Однако в отношении этих двух «объемов» будут действовать разные приоритеты (см. ниже).

Формально действие исключительного права на ФН распространяется на всю территорию Российской Федерации[2]. В принципе, та-

собственности без какой-либо предварительной регистрации юридических лиц и самих наименований в российских национальных реестрах (см. п. 153 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

[1] В самом общем виде содержание исключительного права на фирменное наименование можно определить как юридически обеспеченную возможность использовать и запрещать использование тождественного или сходного наименования на вывесках, в деловой документации, рекламе, сети «Интернет», на товарах и их упаковках (см. п. 1 ст. 1474 ГК РФ).

[2] Вопрос «экстерриториальной» правовой охраны фирменных наименований российских юридических лиц составляет отдельную проблему. Принципиальная возможность такой охраны основана на положениях ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

кого подхода придерживается и судебная практика[1]. Представляется, однако, что такой формальный подход не учитывает всей специфики «фирменных» отношений. Как уже отмечалось, право на фирму не является абсолютным. Действие этого права находится в прямой зависимости от наличия или отсутствия конкурентного отношения между правообладателем и условным «нарушителем». Организации, которые не могут считаться фактическими конкурентами в силу географической удаленности своих предприятий (бизнесов), по общему правилу могут выступать в обороте под одним и тем же фирменным наименованием[2].

Вывод о территориальной ограниченности исключительного права может быть обоснован и с политико-правовой точки зрения. Институт фирменных наименований преследует цель исключить ситуацию, приводящую к *смешению* производителей товаров и услуг в глазах «покупающей публики» (потребителей) и контрагентов. Там, где такое смешение невозможно или маловероятно, исключительное право не действует. В противном случае оно превращается в ничем не обоснованную монополию.

Совершенно очевидно, что ООО «Тату-салон «Как ты прекрасен!»», который осуществляет свою деятельность на территории Красноярска, не конкурирует с одноименным ООО из города Сочи (примеры условные). Нелепо предполагать, что потребители таких услуг могут ошибиться адресом и войти не в ту дверь.

Полагаю, что вопрос территориальных ограничений права на фирменное наименование – это вопрос факта, который должен обсуждаться в каждом конкретном случае. С позиции действующего законодательства он может быть решен на основе принципов добросовестности и запрета злоупотребления правом. Руководствуясь положениями п. 3 и 4 ст. 1 и п. 1 и 2 ст. 10 ГК РФ, суд может принять решение об отказе в защите исключительного права на фирменное наименование, имеющее *локальную известность*.

Приоритет фирменного наименования можно определить как преимущественное право на его использование в определенной сфере предпринимательской деятельности. С технической точки зрения приоритет представляет собой календарную дату (или примерный

[1] См., например: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 августа 2015 г. № С01-497/2015 по делу № А41-58044/2014.

[2] *Бузанов В.Ю.* «Интеллектуальная собственность» на фирменное наименование // Хозяйство и право. 2003. № 4. С. 64.

временной диапазон), начиная с которой правообладатель мог бы запрещать использование своего фирменного наименования конкурирующим с ним хозяйствующим субъектам.

Приоритет не всегда совпадает с датой регистрации юридического лица. Рассмотрим пример. Акционерное общество «Мебельный комбинат «Созвездие»» создано в 2016 г. и сразу приступило к своей уставной деятельности. Приоритет фирменного наименования общества в сфере мебельного производства совпадает с датой его государственной регистрации. В 2020 г. общество приобрело непрофильный актив, присоединив к себе другое АО «Пивоваренная компания «Х»». С момента завершения реорганизации объем охраны фирменного наименования общества расширился: «рынок мебели + рынок пива». Однако приоритет ФН применительно к рынку пивоваренной продукции будет определяться уже не датой регистрации общества (2016 г.), а датой завершения его реорганизации (2020 г.).

Вопрос соотношения приоритетов имеет принципиальное значение при разрешении споров между хозяйствующими субъектами, использующими сходные средства индивидуализации. Продолжая пример, предположим, что на рынке пива действует унитарное предприятие «ФГУП Пивоваренный комбинат «Созвездие»», учрежденное в 2018 г. В этом случае предприятие выигрывает возможный спор о приоритетном праве на фирменное наименование со словесным элементом «Созвездие» и может требовать от акционерного общества прекращения его использования на рынке пивоваренной продукции.

*Научное издание*

**ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ:**

**СБОРНИК СТАТЕЙ К 100-ЛЕТИЮ СО ДНЯ РОЖДЕНИЯ ПРОФЕССОРА В.П. ГРИБАНОВА**

Подписано в печать 26.03.2021. Формат 60×90 $^{1}/_{16}$. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 30,75. Тираж 300 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
**www.estatut.ru**

Отпечатано в АО «Т8 Издательские Технологии».
109316, Москва, Волгоградский пр., д. 42, корп. 5.
Тел.: 8 (499) 322-38-30

ISBN 978-5-8354-1720-9



Настоящий сборник статей ученых и специалистов в области гражданского права посвящен памяти выдающегося отечественного цивилиста профессора В.П. Грибанова (1921–1990) в связи с его 100-летним юбилеем. Большинство его авторов являются преподавателями и выпускниками кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, которую он возглавлял около 20 лет, а многие из них – его учениками, последовательно развивающими в своих работах научные идеи и взгляды профессора В.П. Грибанова. В статьях сборника освещаются основные проблемы осуществления и защиты субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей участниками современного гражданского оборота, в том числе в сферах договорного, вещного и корпоративного права, а также интеллектуальных прав. В них анализируется действующее законодательство и правоприменительная практика, а также основные направления и перспективы их развития.

9 785835 417209