

СДЕЛКА И ЕЕ ДЕЙСТВИЕ

Предисловие к 4-му изданию

Предлагаемая читателю работа представляет собой четвертое, дополненное издание книги, впервые изданной в 2012 г.

В книге в краткой форме выдвигается ряд положений, в основном связанных с кризисной ситуацией в освоении данной темы, вытекающей, как видно из имеющейся литературы, из того факта, что большинство исследований посвящено изучению вопроса в германском праве, в то время как российское право практически не привлекает внимания цивилистов.

Между тем ряд решений, обычно предлагаемых для переноса из германского права, не вполне совпадает с содержанием ГК РФ или вовсе не совпадает с ним. При этом решения, непосредственно вытекающие из российского ГК РФ, представляются мне более логичными и вполне отвечающими нуждам современного гражданского оборота.

Хотя так или иначе излагаемые далее взгляды высказывались многими цивилистами, целостного и связного подхода, в котором они были бы представлены как вытекающие один из другого, мне в литературе не встречалось.

Учитывая это, я бы счел нужным предварить изложение и сформулировать суть этого подхода так:

— сделка является своеобразным социальным фактом, результатом длительного развития человеческого общества; само право обязано рядом своих существенных свойств тем качествам, которые ему приданы сделкой. Закон не в состоянии придать качеств сделки тем фактам, которые сделкой не являются;

— сделка представляет собой такое волевое действие, которое принципиально не полезно, не утилитарно. Это позволяет отличить сделку от иных действий, в том числе от действий по исполнению обязательства и деликта;

— действие по передаче вещи (традиция) не является сделкой;

— действие сделки состоит в том, что она создает возможность возникновения у лица, совершившего сделку, обязанностей и утраты им прав помимо его воли. Другие эффекты сделки, в том числе обязательства, не являются обязательным и непосредственным действием сделки. В определенном смысле этот подход подтверждается Модельными правилами европейского частного права (DCFR), различающими **binding legal relationship** как общее действие сделки и **obligation** как одно из действий;

— не существует действия по передаче права и не существует обязательства по передаче права. Соответствующие конструкции, в том числе распорядительные сделки, являются юридическими фикциями и не могут иметь универсальный характер;

— действие сделки не нуждается в подтверждении, сохранении намерения, поддержании его своей распорядительной властью и т.п. Оно происходит мгновенно и остается тем же самым в течение всего срока действия сделки. Если сделка совершена для отчуждения вещи (права), она действует точно так же и не нуждается ни в каких дополнительных волевых усилиях или подобных им актах. Многочисленные представления, прибегающие к таким волевым дополнениям, приводят к удвоению воли, что принципиально противоречит природе сделки и влечет множество искажений как теоретического, так и практического характера;

— продажа и отчуждение являются не двумя последовательными фактами, а явлениями разной юридической природы: продажа — это факт, а отчуждение — юридический результат этого факта;

— ответственность за продажу чужого на случай эвикции вполне возможна на почве недействительности сделки о продаже чужой вещи. Конструкции, направленные на разделение обязательственного и вещного действия сделки для целей такой ответственности, следовательно, теряют свое единственное основание;

— не существует предполагаемого (имплицитного) обязательства по покупке чужой вещи продавцом как условия продажи чужой вещи; такое обязательство противоречит сути отношений сторон с практической точки зрения и невозможно юридически, так как незаконный владелец не может заключить договор купли-продажи вещи с собственником;

— права, затрагивающие третьих лиц, прежде всего абсолютные, не передаются и иным образом не получаются от другой стороны договора. Эти права создаются правопорядком, а стороны договора лишь могут подчинить свои отношения этому действию, которое само

по себе от воли сторон далее не зависит. Само представление о передаче права является реликтом архаичных представлений, согласно которым право имеет свойства вещи;

— добросовестный приобретатель имущества никак не получает право собственности от лица, не имеющего этого права (не уполномоченного на отчуждение), но приобретает право в силу одного только предписания закона. При этом от приобретателя требуется отсутствие намерения на лишение собственника его права;

— договор не создает обязательств непосредственно и во всяком случае практически никогда не создает всех тех обязательств, возможность которых обусловлена этим договором. Во многих случаях договор вообще не создает обязательств.

Четвертое издание (третье издание имеется в системе «Консультант-Плюс») книги потребовалось потому, что за прошедшее время мной было написано несколько статей, в которых идеи первого издания развивались, а главное, увязывались одна с другой, так что в результате получилась достаточно, на мой взгляд, связанная (и вполне практичная, как мне кажется) теория, о чем уже говорилось выше.

При подготовке настоящего издания я стремился изложить свои выводы предельно сжато. В немалой степени это было вызвано желанием сделать содержание более доступным, а также облегчить применение предлагаемых идей на практике, что, как мне представляется, было бы полезным многим моим коллегам, практикующим юристам.

Идеи, высказанные выше, имея в виду их непривычность и нетрадиционность, я пытался продемонстрировать снова и снова в разных аспектах и в связи с разными вопросами, что привело к их повторениям. Пожалуй, в другой ситуации нужно было бы сократить эти повторения, но я все же их оставил, полагая что при краткости текста это не очень утомит внимательного читателя, но позволит при этом читателю невнимательному все же их заметить.

Специальные вопросы недействительности сделок, изложенные в первом издании книги, здесь опущены. Но эта работа издается в книге, в которой имеется также комментарий норм о сделках и недействительности сделок.

Автор будет рад получить отклики и замечания по адресу: <http://www.ksklovsky@mail.ru>.

*К. Скловский,
доктор юридических наук, адвокат*

1. Сделка как социальный феномен и как источник права

Традиционно привлекает внимание значение воли и волеизъявления как обоснования действия сделки.

Понятно, что только та воля, которая вполне свободно формируется, может быть верным основанием обязательства. В противном случае будет нарушен важнейший, базовый принцип свободы и автономии лица. В силу принципа, лежащего в основании сделки вообще (мы к нему будем вынуждены еще не раз вернуться), никто не может обязаться (лишиться права) иначе, как по своей воле¹.

Это самоочевидное и самоценное положение можно, кажется, дополнить доводами более приземленными. Дело в том, что важнейший вопрос, разрешаемый участником оборота и выражающийся в конечном счете в сделке, состоит, как известно, в определении цены или, в более широком варианте, — в приравнивании различных объектов.

Ф. Хайек показал, что суждение о цене — это результат знаний, по своему объему стремящихся к знанию о мире в целом. Не случайно в древности купцы считались обладателями магических способностей, потому что знали цену товарам. Поскольку полное знание в принципе недоступно, цена содержит в себе элемент риска, восполняющего отсутствие знания. Последствия этого риска может, конечно, нести только тот, кто самостоятельно и вполне свободно принял решение о цене, иначе экономика неминуемо рухнет: недопустимо возлагать риск на того, кто не принял решение². Но именно поэтому возложение всех последствий волеизъявления на того, кто принял решение, дает ему право освободиться от этих последствий, если процесс принятия решения, формирования воли был искажен факторами, находившимися вне его контроля.

¹ Понятно, что этот принцип в чистом виде господствует в гражданском обороте, если под ним понимать совокупность сделок. В сфере деликтов и публичного права упомянутый принцип, никогда не исчезая, проявляется обычно опосредованно, но мы эту сферу и не затрагиваем.

² См. некоторые замечания по этому поводу: *Гордли Дж.* Ошибка при заключении договора: пер. с англ. // Вестник гражданского права. 2009. № 4 (Т. 9). С. 249. Нужно только уточнить, что риск стороны, заключающийся в сделке, следует отличать от распределения рисков между сторонами сделки. Первый риск лежит за пределами сделки (и скорее поглощен мотивом), второй (распределенные риски) — это содержание сделки. См. также о пороках воли: *Панов А.А.* К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. № 1 (Т. 11).

Однако возникающая здесь идея лишения сделки действия, объявления ее недействительной в тех или иных случаях отнюдь не очевидна. Сам по себе этот подход, несмотря на его традиционность, как представляется, так и не обоснован до конца. Ведь сделка (шире — волевое действие сделочной природы (усыновление, брак, развод и т.д.)) — единственный юридический факт, который может лишиться действия. Теоретические уловки, состоящие в том, что вместе с объявлением недействительности считают исчезнувшим и сам факт, не очень убедительны, особенно ретроспективно и на почве римского права, в котором они наиболее уместны в силу отождествления факта и его действия¹. А в ГК РФ лишение сделки действия лишь превращает ее в другой юридический факт, несомненно, имеющий волевое содержание, хотя и отличный от сделки. В частности, недействительная сделка способна, помимо возврата исполненного², прервать исковую давность, установить цены в дальнейших отношениях сторон и т.д. Тем самым факт все же остается, остается и воля сторон, но и природа факта, и юридический результат воли преобразуются (отчасти путем редукции) законом.

Естественное право может поставить под сомнение сделку с позиций пороков воли как естественных пороков сделки, возникающих помимо закона. Но в этом случае сделка как факт, несомненно, сохраняется, что видно из самого понятия оспоримости сделки: предметом спора является именно факт, а при отсутствии спора факт сделки вообще не может быть поставлен под сомнение.

Следовательно, в обосновании нуждаются прежде всего постановления позитивного права, лишаящие сделку ее действия вопреки воле сторон (при том что стороны далеко не всегда имеют намерение опереться на закон для придания своей сделке силы). При остающихся в качестве обоснования только постановлений позитивного права, что само по себе, конечно, весьма шаткая основа, мы считаем важным всемерное подтверждение тенденции, идущей в российском праве от Д.И. Мейера и в последние годы отчетливо проявившейся в практике ВАС РФ, к предельному ограничению практики аннулирования сделок.

Впрочем, важнейший вопрос о самом феномене недействительности слишком сложен и заслуживает того, чтобы посвятить ему отдельное исследование. Поэтому здесь высказываются только некоторые замечания по этому поводу.

¹ Подробнее см.: *Ширвиндт А.М.* Значение фикции в римском праве. М., 2013.

² В российском праве возврат исполненного является специальным механизмом, отличным от обязательства из неосновательного обогащения.

Главным образом нас, впрочем, интересует не то, насколько точно (адекватно) воля сформирована и изъявлена вовне, и даже не отношение воли и ошибки, а то, в какой связи находятся воля и действие как ее результат.

Акты, в которых существенным оказывается исключительно волевое содержание, называемые сделками, люди совершают потому, что они понимают значение прав и обязанностей в своей жизни, и, совершая такие действия, они ставят перед собой цель достичь именно юридического результата. Достаточно самого общего представления о праве, собственно, только понимания того, что изъявление воли порождает правовые последствия.

Поскольку сделка, как мы полагаем, является первичной по отношению к праву, то это общее представление о результате сделки не могло быть сначала ничем иным, и это сохранилось и в дальнейшем, как вообще понимание того, что сделка обязывает.

Цель сделки¹ с точки зрения права в общем мнении видится прежде всего в установлении обязательства. Но сделка в то же время может быть представлена так, что, устанавливая обязательство (и достигая тем самым собственной цели), она является **средством** достижения того, что продиктовано мотивом, того жизненного блага, которое будет дано исполнением обязательства.

Как говорил И. Дунс Скот, «акт воли соединяет с дающим блаженство объектом»². Это высказывание, замечательное своей точностью, вполне согласуется с распространенным среди юристов пониманием объекта права как блага. Наверное, это важно заметить потому, что в последнее время оно нередко отбрасывается ввиду «ненаучности». Научными же почитаются различные логические схемы распределения юридического материала, в которые благо не вписывается ввиду отсутствия у него нужных для силлогизмов арифметических признаков. Между тем объекты (**вещи**, взятые в более широком смысле³) — это те реальные явления, которые, создавая право, очерчивают и его границы, как об этом уже говорилось; соответственно они едва ли могут успешно подвергаться чисто юридическим спекуляциям, являясь внешними для

¹ В дальнейшем, поскольку иное прямо не вытекает из текста, сделка будет рассматриваться так же, и как договор. Разграничение сделки и договора в данном случае не кажется существенным.

² *Блаженный Иоанн Дунс Скот. Избранное* / сост. и ред. Г.Г. Майоров. М., 2001. С. 471.

³ Нужно заметить, что само по себе понятие вещи принадлежит всецело праву. Физика имеет дело с телом, экономика — с товаром. И тело, и товар — не вещи.

них. Впрочем, в дальнейшем мы проблематику объектов права не затрагиваем, удовлетворившись лишь той очевидной истиной, что воля лица не выражается бесцельно, без стремления к благу («блаженству»), а цель эта лежит за пределами права.

Функция сделки как средства не должна упускаться из виду, тем более что «помимо конечной цели появляется ряд подчиненных целей, и то, что является средством, само на известном этапе становится целью»¹. Это жизненное значение сделки как средства (ибо сделка сама по себе никакой жизненной потребности не удовлетворяет), однако, выводится за рамки юридического содержания сделки, хотя никогда, конечно, не исчезает. Приходится это подчеркнуть, так как некоторые авторы, не найдя логических аргументов против развиваемого в этой работе тезиса И.Н. Трепицына об ошибке удвоения воли в концепте обязательственной и распорядительной сделки (или просто не поняв того, что здесь написано, причем одно не исключает другого), высказывались в том смысле, что я якобы допустил здесь двойную цель в сделке. У текста на самом деле совсем другое содержание: сделка как юридическое действие не является жизненной целью человека. Установив права и обязанности, она создает для него средства достижения того блага, ради которого она совершалась, — получения вещи, услуги, работы и т.д.

У сделки как юридического действия всегда одна цель, и она юридическая.

В любом конкретном споре, в любой юридической ситуации **целесообразность** сделки (а тем самым значение ее как средства) оценивается (за рамками собственно юридического анализа, с точки зрения «здравого смысла») в первую очередь и затем является тем вектором, той мерой, которые позволяют понять суть отношений. Собственно говоря, известный постулат, в силу которого не должна влиять на оценку сделки ее целесообразность, т.е. степень связи сделки с мотивами (а мотивы всегда находятся за пределами сделки, идут дальше нее²),

¹ Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб., 2000. С. 532.

² Сделка не может совершаться ради себя самой и не может быть, следовательно, мотивом сделки. Соответственно, есть неустранимая слабость в представлениях, рассматривающих исполнение обязательства как сделку, тем более двустороннюю. Тогда получается, что цель сделки — совершение сделки. Кроме того, при понимании исполнения как сделки утрачивается твердая почва для решения дальнейших вопросов, вытекающих из сделки, договора, обязательства.

Некоторые известные исключения, прежде всего предварительный договор, как раз и показывают, что исполнение, кроме этих исключений, принципиально не может быть сделкой.

пришлось формулировать именно потому, что мотивы на самом деле всегда так или иначе видны либо должны быть отысканы, и только после их обнаружения делается специальное указание, заставляющее отвлекаться от них.

Дело в том, что сила права¹ может быть применена лишь в том случае, если мы будем исходить из того, что сделка (промежуточная цель) становится конечной целью для оценки воли с юридической точки зрения. Сам процесс достижения цели посредством права становится тем самым «известным этапом», о котором говорит С.Л. Рубинштейн и на котором сделка выступает как цель.

В конечном счете сделка необходима тогда, когда лицо, полагая материальное впереди как цель и не видя возможности достичь его собственными усилиями, стремится привлечь других людей для достижения цели, используя прежде всего механизм обязательства². Именно поэтому сделка и становится способом установления этого обязательства. При этом сделка совершается без дополнительных материальных источников, лежащих вне человека: усилие, необходимое для выражения воли, всегда имеется в наличии, пока есть воля; возможность совершения сделки объективными препятствиями не ограничена (в отличие от реальных актов). Можно было бы сказать, что она становится столь же удобным и универсальным средством установления связи между людьми, как и деньги, если бы она не была еще проще и доступнее.

Если оценивать сделку как одну из фундаментальных форм идеальной связи людей, я бы отметил как вполне очевидное развитие сделки

Кстати, раз уж мы затронули предварительный договор, интересно отметить, что его действие состоит в заключении сделки на заранее сформулированных условиях, воля стороны на что-либо иное тем самым игнорируется; оговорки при исполнении предварительного договора ничтожны. Возможны лишь действия в рамках той воли, которая изъяслена ранее. В этом смысле действие предварительного договора обнаруживает автоматизм, присущий и иным договорам. Об этом будет сказано дальше.

Другие случаи, когда исполнение обязательства состоит в совершении сделки, — это установление обеспечения (залога, гарантии и пр.). Содержание этих сделок также заранее оговаривается.

Впрочем, дискуссия о сделочной природе исполнения вовсе не имеет в виду те случаи, когда сторона совершает такие сделки.

¹ Я бы сказал, созидаящая сила права. Эта созидаящая сила состоит в том, что стороны обязательства понуждаются к реальным действиям, к созданию новых ценностей, а отнюдь не в разрушении достигнутого и отбрасывании назад, как это присуще возврату исполненного по российскому праву, — разрушению не только юридическому (отпадение эффекта сделки), но и материальному (возврат вещей и денег).

² Связь между сделкой и обязательством не является, однако, ни прямой, ни обязательной, как это будет показано далее.

из религиозного ритуала и понятную отсюда важность для архаичной сделки предписанных слов и жестов. Кстати, именно из логики ритуала, видимо, возникла сама идея тщетности, недействительности совершенного действия, распространенная впоследствии на сделку. Как известно, даже незначительные нарушения процедуры ритуала могли рассматриваться как причина его неудачи. Такого рода примеры неудачного вследствие формальных упущений ритуала хорошо известны из античной литературы; не чужды они и обыденному сознанию, даже и современному.

Можно также заметить разделение первично синкретического религиозного ритуала на собственно волю, внутренний акт (моление и др.¹) и социально значимые действия, обнаруживающие эту волю. В этом ряду сделка оказывается неизбежным инструментом для установления социальных связей, отличных от грубо-вещественных, непосредственно материальных.

Вероятно, сделка не сразу возникла в виде чистой демонстрации воли. В самом общем виде можно предположить, что сначала порождаемая ею юридическая связь нуждалась еще в обязательном опосредовании вещами и развитие сделки шло через переход к условной вещи с дальнейшим отказом от вещи вообще (такова манципация одной монетой, а в какой-то мере и на каком-то этапе и весь ритуал манципации отказался от непосредственной связи с вещами²).

Отталкивание сделки от ритуала, который, видимо, был сформирован системой даров и отдаривания, существо которой помимо прочего состояло в лишении лица свободы и подчинении его предустановленным и в то же время лишенным формальности правилам обмена вещами, возможно, привело к верховенству свободной воли, которое нам сегодня представляется важнейшим в сделке и которое можно объяснить рационально, прибегнув к явлению цены, о котором говорилось выше. Наличие объяснения свободной воли в сделке доводами разума не исключает, а, пожалуй, и предполагает объяснение также и с точки зрения логики развития, когда разрыв с прежними формами заставляет доводить до крайности отличия от них. И эта крайность тем сильнее, чем сильнее была власть прежнего уклада. Как известно из работ М. Мосса и его последователей, система даров доминировала в течение всей истории человечества и лишь при переходе от варварства

¹ Среди этих и других внутренних актов воли обнаруживается и такой важный для религиозного сознания, как согрешение в помыслах.

² У других древних народов существовали свои ритуалы для установления обязательств, обычно включавшие клятвы.

к цивилизации была преодолена. Собственно, переход к цивилизации и стал возможен благодаря этому крупнейшему социальному перевороту. Отказ от системы даров создал, как известно, деньги. Но вместе с деньгами возникла и цена, а вместе с ней и сделка. К сожалению, юридическая наука, оперирующая понятиями, созданными 150—200 лет назад, пока не освоила важнейших достижений новой (даже не новейшей) антропологии и истории и не имеет убедительных объяснений генезиса своих основных понятий.

Будем считать, что интересующий нас феномен, заключая в себе свое начальное развитие, выражен в понятии сделки (договора), направленной на создание обязательства. Есть основания согласиться с тем, что в этом направлении развивался договор в римском праве.

Мне бы не хотелось далее вдаваться в теорию сделки, учитывая известный переизбыток литературы по этому вопросу, «привившейся в обилии», как хорошо (и очень давно) сказал Н.Л. Дювернуа¹, но все же нельзя не заметить, что феномен сделки как волевого действия, направленного на установление социальной связи, конечно, шире не только закона, но и вообще сферы права. Скажем, когда охотники договариваются о распределении своих позиций в предстоящей охоте (а также когда актеры-любители распределяют роли в пьесе и т.д. и т.п.), этот договор по своей природе, по связи воли и ее выражения ничем не отличается от юридической сделки, кроме того, что он не порождает прав и обязанностей, признанных правопорядком (в узком смысле — государством). Но само сообщество охотников добровольно подчиняет себя такому договору². Соответственно, требование **законности** сделки не вытекает из существа сделки (как нередко заявляют), но лишь позволяет ей создавать **юридическое** действие, т.е. является одним из признаков той частной, хотя и самой важной, сферы, в которой бытует сделка.

Если воспользоваться понятиями естественного права, которые всегда уместны при обсуждении фундаментальных явлений, то в сделке то доброе и справедливое, которое составляет суть естественного права, до и независимо от права позитивного (из которого, как мы можем видеть, сделка вообще не возникает) выступает как требование к каждому выполнять свои обещания, ведь сделка всегда сводима так или иначе к обещанию. Интересно в этом смысле, что

¹ Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. М., 2004. Т. 2. С. 77.

² См. об этом также: *Гримм Д.Д.* Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. СПб., 1900. Т. 1. С. 49 и сл.

справедливое в **boni et aequi**, как полагает В. Нерсесянц, точнее перевести как «соответствующее»¹, тогда справедливость, состоящая в том, что каждый должен выполнить должное (так ее понимал Ф. Хайек), вполне совпадает с сущностью сделки.

Но это действие сделки имеет независимо от закона, и закон может лишь санкционировать его, но не создать. Гораздо понятнее роль закона в отмене того следующего из сделки должного, что вступает в конфликт с основами жизни общества. Но не зря же естественное право одновременно с **aequitas** требует и **bonis**. Соответственно, действие сделки в силу естественного права социально полезно и, стало быть, оправданно в тех случаях, когда она существует помимо права публичного.

Когда Д.М. Генкин говорил, что «правомерность или неправомерность не являются необходимым элементом сделки как юридического факта, а определяют лишь те или иные последствия сделки»², он верно замечал, что правомерность или неправомерность — это внешняя реакция правопорядка, не способная изменить суть явления. Причины, по которым позитивное право так или иначе реагирует или не реагирует на сделки, совершаемые в жизни, изменчивы и не всегда создают точно определенные границы.

Я бы сказал, что сделка, наряду с некоторыми иными феноменами, формирует право, но отнюдь не право создает сделку. В этом смысле первичной идеей была, конечно, не возможная недействительность сделки (которая, как говорилось выше, еще нуждается в обосновании), но, напротив, ее действительность.

Ведь чтобы придать силу действиям отвлеченным, не имеющим прямого, видимого материального результата, людям пришлось прийти к такому порядку, когда это невидимое действие стало почитаться за силу, за действительность. Этот порядок признания силы за тем, что само по себе иначе, как по установлению между людьми и существовать не может, и есть право. Эти тривиальные истины есть смысл помнить для того, чтобы не пытаться изменить сделку силами права. Сделка (как, обязательно нужно сказать, и деньги³) первична по отношению к праву и потому находится вне его технических возможностей.

¹ История политических и правовых учений. Древний мир / отв. ред. В.С. Нерсесянц. М., 1985. С. 300–301.

² Генкин Д.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВШЭ. М., 1947. Вып. V. С. 50.

³ Первичность денег состоит, конечно, не просто в том, что они возникли до права, а в том, что деньги, создав куплю-продажу, таким образом, породили основные юридические представления, коренящиеся и вытекающие из этого фундаментально-го отношения.